

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN
SORUMLULUK

SEMİH YÜNLÜ

2502140227

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. EMREHAN İNAL

İSTANBUL 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : Semih YÜNLÜ Numarası : 2502140227
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : Özel Hukuk Anabilim Dalı Danışmanı : Prof. Dr. Emrehan İNAL
Tez Savunma Tarihi : 14.11.2018 Saati : 10.00
Tez Başlığı : Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-Prof. Dr. Emrehan İNAL		Kabul
2-Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ		Kabul
3- Prof. Dr. Burak ÖZEN		Kabul
4- Doç. Dr. İpek SAĞLAM		Kabul
5- Doç. Dr. Başak Z. BAYSAL	Kabul	

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER		
2- Prof. Dr. M. Murat İNCEOĞLU		

ÖZ

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Semih YÜNLÜ

Tezin araştırma konusu, Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesinde düzenlenen, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumuna ilişkindir. Tez kapsamında, bu sorumluluğun ve sorumsuzluk anlaşmalarının şartları ile, tartışmalı hususlar ele alınacaktır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (özellikle md. 101 “*Haftung für Hilfspersonen*”) ve Alman Medeni Kanunu (özellikle paragraf 278 “*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*”) ile, tartışmalı hususlarda doktrin görüşleri ve Yargı kararları incelenecektir. Roma Hukuku ve buna bağlı olan kölelik gibi kavramlardan, geleceğe dair *Yapay Zeka* ve *Robotlar*’a kadar, geniş bir perspektifte inceleme yapılacaktır. Gerekli noktalarda, İsviçre ve Almanya başta olmak üzere Avusturya, İtalya, Fransa, Portekiz, Hollanda gibi çeşitli ülke kanunları karşılaştırılacak ve hatta Roma hukuku metinleri, maximleri, UNIDROIT/PICC-DCFR-PECL-CISG-CESL gibi uluslararası çalışmalara ve Mecelle gibi kaynaklara da atıflar yapılacaktır. Özellikle çok sayıda ve özgün örnek verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yardımcı, Yardımcı Kişi, İfa Yardımcısı, Sorumluluk, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İfa Yardımcısının Eylemlerinden Sorumluluk, TBK md. 116, OR art. 101, BGB 278.

ABSTRACT

LIABILITY FOR ASSOCIATES

Semih YÜNLÜ

The research subject of the thesis is related to the liability for associates, which is regulated in art. 116 of Turkish Code of Obligations. The thesis will discuss the conditions of this responsibility and irresponsibility agreements and controversial issues. Source Swiss Code of Obligations (especially art. 101 “*Haftung für Hilfspersonen*”) and the German Civil Code (especially paragraph 278 “*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*”), judicial decisions and doctrine on controversial issues will be examined. There will be an examination with a wide perspective from Roman Law and the related terms like Slavery, to the terms like Artificial Intelligence and Robots, related to future. At the required points, various country laws, such as “especially Switzerland and Germany”, Austria, Italy, France, Portuguese, Nederland will be compared and also there will be references to sources such as Roman law texts, maxims, international works like UNIDROIT/PICC-DCFR-PECL-CISG-CESL and Majelle (Ottoman Code of Civil Law). In particular, numerous and unique examples will be given.

Keywords: Associate, Liability, Responsibility, Liability for Associates, Vicarious Liability, Responsibility of the Obligor for Third Parties, TBK md. 116, OR art. 101, BGB 278.

ÖNSÖZ

“Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” isimli bu çalışmamız, 2016 yılında tez konusu olarak belirlenmiş ve Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniv.), Prof. Dr. Burak ÖZEN (Marmara Üniv.), tez danışmanım Prof. Dr. Emrehan İNAL (İstanbul Üniv.), Doç. Dr. Başak Z. BAYSAL (İstanbul Üniv.) ve Doç. Dr. İpek SAĞLAM’ın (Marmara Üniv.) katıldığı ve 14.11.2018 tarihinde yapılan savunmada, oybirliği ile başarılı bulunarak kabul edilmiştir.

Tezin başlangıcından sona erdirilmesine kadar geçen süre iki kısma ayrılabilir. Dil eğitimi, tez yazımı ve kaynak araştırmaları için ayrılan ve oldukça yoğun geçen ilk yıl, yine kendisi de aynı enstitüde görev yapmakta olan Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY’in de tavsiyesi ve yardımları doğrultusunda Almanya’nın Heidelberg şehrindeki, Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne bağlı enstitülerden Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nde misafir araştırmacı olarak değerlendirilmiştir. Kabul mektubumu gönderen ve Almanya’daki danışmanım statüsünde olan Prof. Dr. Thomas PFEIFFER’in, (Soergel Kommentar’da) TBK md. 116’nın Alman Medeni Kanunu’ndaki karşılığı olan BGB § 278’e ilişkin kısmın yazarı olması da, ayrı bir tesadüf olmuştur. Almanya’da yapılan 1 yıllık yoğun çalışmanın ardından, çalışmaların ikinci ayağı ise Türkiye’de yapılmış, tez son haline getirilmiş ve tamamlanmıştır.

Bu fırsat vesilesiyle, yukarıda tez sürecine ilişkin olarak ismini zikrettiğim hocalarım başta olmak üzere, bana çok sayıda akademik fırsatı sunan, doktora ve hatta yüksek lisansa başladığımdan bu yana gerek derslerini alarak, gerek kapılarını çalarak görüşlerinden ve bilgilerinden faydalandığım, tek tek sayarak da bitiremeyeceğim tüm hocalarıma saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Semih YÜNLÜ

İSTANBUL, 2018

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK KAVRAMI, TARİHÇESİ, SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

I. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	4
A. Roma Hukukunda	4
B. Alman ve İsviçre Hukuklarında	12
C. Diğer Bazı Ulusal Hukuklarda	20
D. Türk Borçlar Hukukunda	25
1. 6098 Sayılı Kanun Öncesi.....	26
2. 6098 Sayılı Kanun Sonrası.....	28
E. Karşılaştırmalı Hukukta	31
II. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK KURUMUNUN DÜZENLENME İHTİYACI VE TEMELLERİ.....	37
III. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN HUKUKSAL DAYANAĞI VE GEREKLİLİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER.	41

A. Genel Olarak	41
B. Görüşlerin Karşılaştırılması	41
C. Kanaatimiz	54

İKİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK ŞARTLARI VE ÖZEL HALLER

I. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK ŞARTLARI.....	59
A. Genel Olarak	59
B. Alacaklı ile Borçlu Arasında Bir Borç İlişkisi Olması	59
1. Borç İlişkisinin İçerdiği Yükümlülükler ve Haklar	61
a. Yükümlülükler.....	61
(1). Edim Yükümlülükleri	61
(2). Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç ilişkileri	67
(3). Külfetler	68
b. Haklar	73
(1). Asli Haklar	73
(2). Yan (Fer'i) Haklar	75
(3). Tali (İkincil) Haklar	75
2. Borç İlişkisinin Kaynakları	75
a. Genel Olarak.....	75
b. Hukuki İşlemden - Özellikle Sözleşmeden Doğan Borçlar.....	78
c. Haksız Fiilden Doğan Borçlar	89
d. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar.....	92

e. Diğer	95
C. Borcun İfasının veya Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişilere Bırakılmış Olması	102
1. Genel Olarak Yardımcı Kişi	102
a. Makineler ve Benzer Sistemler	105
b. Kamu Hukuku Unsuru.....	110
c. Hayvanların Durumu	111
2. Yardımcı Kişi Türleri	117
a. Caiz Olan ve Olmayan Yardımcı Kişi.....	117
b. Gerçek Kişi Yardımcı ve Tüzel Kişi Yardımcı	123
c. Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi.....	130
(1). Bağımsız Yardımcı Kişinin Tekel Konumda Olması	132
(2). Satış ve Üretim Çerçevesinde Rol Alan Bağımlı ve Bağımsız Kişiler.....	136
d. Yardımcı Kişi ve Alt Yardımcı Kişi.....	143
(1). Genel Olarak	143
(2). Franchise Sözleşmesi Kapsamındaki Kişilerin Durumu	149
e. Robotlar ve Yapay Zeka	154
3. Yardımcı Kişiler ve Bu Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk ile Benzer ve İlgili Hukuki Kavramlar	164
a. Yardımcı Kişi - Organ	164
b. Yardımcı Kişi - Kanuni Temsilci	169
c. Yardımcı Kişi - Vekil	178
d. İfa Yardımcısı - Kullanma Yardımcısı	184
(1). Genel olarak	184

(2). Alt Kullanma Yardımcısı ve Özellikle Sportif Organizasyonlar	189
(3). Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme İlişkisi	190
(4). Resmi Sıfata Sahip Bazı Kişilerin Durumu	193
(5). Nihai Değerlendirme.....	196
e. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk - Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu.....	198
(1). Genel Olarak	198
(2). Özellikle Farklılıklar Bakımından Karşılaştırma.....	201
(3). Değerlendirme	209
f. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk – Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme	213
4. Yardımcı Kişinin İfaya Katılması	217
a. Borçlunun Rızası	217
(1). Genel Olarak	217
(2). İşçi - İşveren İlişkileri Açısından.....	223
b. Üçüncü Kişinin Bizzat İfaya Katılması.....	228
D. Yardımcı Kişinin Fiilleri Sebebiyle Alacaklının Bir Zararının Ortaya Çıkması.....	235
1. Genel Olarak	235
2. Yardımcı Kişinin Alacaklıya Zarar Veren Davranışlarına İlişkin Doktrinde Yer Alan Görüşler.....	237
a. Sorumluluk Doğuran Yardımcı Kişi Fiillerini İfa Zamanı, Borca Aykırılık, Saik Gibi Noktalarda Sınırlandırma Yönündeki Görüşler	237
b. Yardımcı Kişilerin Fiillerine İlişkin Sınırlamaları Büyük Ölçüde Reddeden Görüşler.....	242
3. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	247

a. Genel Olarak.....	247
b. Kanaatimiz.....	250
E. Kusurluluk.....	254
1. Genel Olarak	254
2. Kusurluluğa İlişkin Görüşler.....	262
3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz.....	272

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞARTLARI GERÇEKLEŞEN YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK NEDENİYLE DOĞAN ZARAR, ZARARIN TAZMİNİ VE KIYASEN UYGULAMA

I. GENEL OLARAK BORCA AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI	278
A. Borca Aykırı Bir Davranış	278
B. Zarar	281
1. Genel Olarak	281
2. Maddi – Manevi Zarar	285
3. Olumlu – Olumsuz Zarar	290
4. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar – Yansıma Zarar.....	294
5. Normatif Zarar	298
C. Uygun İliyet Bağı.....	301
D. Kusurluluk ve Kusursuz Sözleşmesel Sorumluluk	307
II. TAZMİNATIN HESAPLANMASI	312
A. Tazminatın Kapsamı ve Sorumluluğun Ağırlaşması	313
1. Genel Olarak	313

2. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluğun Tazminata Ek Sonuçları ve Özellikle Yayın Haklarına İlişkin İhtimaller.....	322
B. Tazminattan İndirim Halleri.....	327
1. Genel Olarak	327
2. Hafif Kusur.....	328
3. Alacaklının veya Yardımcısının Fiilleri.....	332
a. Genel Olarak.....	332
b. Alacaklının Yardımcısının Fiilleri.....	337
c. Kanuni Temsilcilerin Fiilleri	343
4. Diğer Haller.....	345
III. BORÇLU VE YARDIMCI KİŞİLERİN İÇ İLİŞKİSİ İLE ALACAKLI KARŞISINDAKİ DURUM VE SORUMLULUKLARI	351
A. Yardımcı Kişi ile Borçlu Arasındaki İlişki	351
B. Yardımcı Kişi ile Alacaklı Arasındaki İlişki.....	358
C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumlulukta Müteselsil Borçluluk.....	367
IV. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN DOĞRUDAN VE KİYASEN UYGULANACAĞI ÖZEL DURUMLAR.....	375
A. Genel Olarak	375
B. Dürüstlük Kuralına Dayandırılan Borç İlişkileri.....	376
1. Sözleşme Öncesi Kusurlu Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)	376
a. Genel Olarak.....	376
b. Özellikle Banka - Müşteri İlişkileri Kapsamında.....	381
c. Yardımcı Kişinin Durumu.....	387
2. Sözleşmenin Ard Etkisi (Culpa Post Pactum Perfectum)	389
3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme	393

4. Edim Yükünden Bağımsız Borç İlişkileri	401
5. Fiili Sözleşme İlişkisi.....	403
C. Diğer.....	408
1. Eşya Hukuku İlişkilerinde.....	408
2. Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamındaki İlişkilerde	411
3. Aile Hukuku İlişkilerinde.....	414
4. Spor ve Sportif Organizasyonlar Çerçevesindeki İlişkilerde	415
5. Nihai Değerlendirme	421

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

I. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMSUZLUĞA İLİŞKİN ANLAŞMALARIN GEÇERLİLİĞİ VE SINIRLARI	424
A. Genel olarak	424
B. Genel İşlem Koşulları Açısından	434
C. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Sınırları Açısından.....	444
D. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğa İlişkin TBK Madde 116/2 ve 116/3 Açısından	450
1. Genel Olarak	450
2. TBK Madde 116/2 Açısından	452
3. TBK Madde 116/3 Açısından	458
4. Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Özel Durumlar	462
a. Sorumsuzluk Anlaşmasının Diğer Kişilere Etkisi Açısından.....	462
b. Alt Yardımcı Kişiler Açısından.....	468

c. Organların Fiilleri Açısından.....	469
d. Birlikte Borçlular Açısından.....	470
E. Borçlunun Sorumluluğuna İlişkin TBK Madde 115 Açısından.....	473
F. Sınırlara Uyulmamasının Sonuçları	481
SONUÇ.....	486
KAYNAKÇA	498
ÖZGEÇMİŞ.....	539



KISALTMALAR LİSTESİ

AB:	Avrupa Birliği
ABGB:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
Abs.:	Absatz (Fıkra)
ACQP:	The Acquis Principles (Acquis İlkeleri)
a.e.:	Aynı eser
AGBG:	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Genel İşlem Koşullarını Düzenleme Kanunu)
a.g.e.:	Adı Geçen Eser
ALR:	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (Prusya Genel Devlet Kanunu)
Art.:	Artikel (Madde)
aş.:	Aşağıda
Ayr.:	Ayrıca
B.:	Bölüm
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE:	Bundesgerichtsentscheidungen (Federal Mahkeme Kararları)
BGK:	Biyogüvenlik Kanunu
BGH:	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi Hukuk Kararları)
BK:	Borçlar Kanunu
Bkz.:	Bakınız.
bs.:	Bası Numarası

c.:	Cümle(si)
C.:	Cilt
CAS/TAS:	Court Of Arbitration For Sport/Tribunal Arbitral Du Sport (Spor Tahkim Mahkemesi)
CCI:	Il Codice Civile Italiano (İtalyan Medeni Kanunu)
CCP:	Código Civil Português (Portekiz Medeni Kanunu)
CESL:	Common European Sales Law (Avrupa Ortak Satım Hukuku)
CIC:	Corpus Iuris Civilis
CISG:	The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
Çev.:	Çeviren
çvr.:	Çevirimiçi
ÇK:	Çevre Kanunu
D.:	Digesta
DCFR:	Draft Common Frame of Reference (Ortak Referans Çerçeve Taslağı)
DK:	Dernekler Kanunu
DMK:	Devlet Memurları Kanunu
dn.:	Dipnot
Diss.:	Dissertation (Doktora Tezi)
E.:	Esas(lı)
EULA:	End User License Agreement (Son Kullanıcı Lisans Anlaşması)
f.:	Fıkra(sı)
FIA:	Federation Internationale de l'Automobile (Uluslararası Otomobil Federasyonu)

FIBA:	Fédération Internationale de Basketball (Uluslararası Basketbol Federasyonu)
FIFA:	The Fédération Internationale de Football Association (Uluslararası Futbol Federasyonu)
fs.:	Fasikül
FSEK:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD:	Hukuk Dairesi
HHY:	Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICAO:	International Civil Aviation Organization (Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü)
ILO:	International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
IMO:	International Maritime Organization (Uluslararası Denizcilik Örgütü)
IOC:	The International Olympic Committee (Uluslararası Olimpiyat Komitesi)
İİK:	İcra İflas Kanunu
İnc.:	İnceleyiniz
İSGK:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
K.:	Karar Numarası
KİB:	Kazancı İctihad Bankası
KK:	Kabahatler Kanunu
KMK:	Kat Mülkiyeti Kanunu
krş.:	Karşılaştırınız
Ks.:	Kısaltma(sı)
Kt.:	Kitap

KTK:	Karayolları Trafik Kanunu
LHBS:	Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi
MAA:	Mecelle-i Ahkam-i Adliyye
md.:	Madde(si)
Mx.:	Maxim (Deyim)
NASA:	National Aeronautics and Space Administration
NBA:	National Basketball Association (Amerikan Basketbol Ligi)
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NK:	Noterlik Kanunu
NBW:	Nederlands Burgerlijk Wetboek (Hollanda Medeni Kanunu)
OR:	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Örn.:	Örneğin/Örnek
PBefG:	Personenbeförderungsgesetz (Yolcu Taşıma Kanunu)
PECL:	The Principles Of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
PEFL:	The Principles Of European Family Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
PETL:	The Principles Of European Tort Law (Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri)
PICC:	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Ticari Sözleşmeler Uluslararası İlkeleri)
PK:	Petrol Kanunu
Pn.:	Paragraf Numarası
S.:	Sayı
s.:	Sayfa

SMİP:	Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı
sy.:	Sayı(lı)
szt.:	Son Ziyaret Tarihi
T.:	Tarih(li)
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TCA:	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TFFK:	Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun
TGLK:	Toplu İş Sözleşmesi, Grev Ve Lokavt Kanunu
TKHK:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK:	Türk Medeni Kanunu
Ts.:	Tasarı(sı)
TSHK:	Türk Sivil Havacılık Kanunu
TTK:	Türk Ticaret Kanunu
UEFA:	The Union des Associations Européennes de Football (Avrupa Futbol Federasyonları Birliği)
UNCITRAL:	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT:	International Institute for the Unification of Private Law - Rome (Özel Hukukun Birleştirilmesi Uluslararası Enstitüsü - Roma)
Univ.:	University (Üniversite/si)
UWG:	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun)
WIPO:	World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
WTO:	World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)

vd.:	Ve devamı
v.d.:	Ve diğlerleri
vs.:	Ve saire
Y.:	Yıl/1
Yarg.:	Yargıtay
YDHK:	Yapı Denetimi Hakkında Kanun
YDT:	Yayınlanmamış Doktora Tezi
YHGK:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
yuk.:	Yukarıda
yy.:	Yüzyıl
ZGB:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Kişiler, içerisinde bulundukları borç ilişkilerini oluşturan borçlarını, doğrudan ve şahsen ifa etmelerinin yanında, iş bölümü, uzmanlaşma gibi sebeplerle, çoğu durumda yardımcı kişiler olarak adlandırdığımız kişiler eliyle de yerine getirmektedirler. Dolayısıyla, ifanın bu şekilde yerine getiriliyor olması, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünü, hukuki işlem pratiği ve doktrin incelemesi bakımından ayrıca ve oldukça önemli hale getirmektedir. Zira değindiğimiz üzere yardımcı kişiler, uzmanlaşma, iş bölümü vs. sebeplerle borçların ifasında hemen her alanda sıklıkla kullanılmaktadır¹.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun pratik görünümü, çok büyük bir ölçüde, bir borcun ifası kapsamında kullanılan üçüncü kişilerin fiillerinden kaynaklanır. Ancak, İsviçre ve buna paralel olarak Türk Borçlar Kanunu'nda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından ele almamız gereken bir diğer husus ise kullanma yardımcısı olarak ifade ettiğimiz, bir hakkın kullanılmasında rol oynayan kişilerin verdiği zararlardan sorumluluktur. Şüphesiz, yalnızca bir borcun ifasında değil, hakkın kullanılmasında rol alan kişiler de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet vereceğinden, bu sorumluluk kurumunun uygulama alanının son derece geniştir. Hatta, çalışma incelendiğinde görüleceği ve sonuç kısmında da belirttiğimiz üzere, “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” olarak ifade bulan TBK md. 116 başlığının, Alman Medeni Kanunu § 278'deki gibi “Borçlunun üçüncü kişilerden sorumluluğu²” veya yalnızca borçlunun değil, salt alacaklının da sıklıkla bu sorumluluk altında değerlendirilmesinden dolayı “Üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk” veya borç ilişkisi kavramı da vurgulanmak isteniyor ise “Borç ilişkisinde üçüncü kişilerden sorumluluk” şeklinde olması daha uygun ve kapsam bakımından daha tatmin edici olacaktır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu incelenirken, hemen her

¹ Nalan Kahveci, **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu – Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, md. 116, Pn. 2.

² “*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*”.

medeni hukuk araştırmasında olduğu gibi, özellikle Alman ve İsviçre doktrininden yararlanmamız gerekmektedir³. Esasen medeni hukuk alanında yapılan çalışmalar bakımından İsviçre hukukunun incelenmesi, İsviçre hukukunun bu alandaki kanunlarımıza doğrudan kaynaklık etmesi sebebiyle, bir zorunluluktur. Türk medeni hukuku bakımından Alman hukukunun incelenmesinin, bir karşılaştırmalı araştırma yöntemi olarak kaçınılmaz olması yanında, konumuz bakımından ayrıca bir öneme de sahip olduğunu eklemek gerekir. Zira, bu sorumluluk kurumunun temellerine ilişkin görüşler, çoğunlukla Alman hukuku içerisinde geliştirilmiş ve incelenmiştir.

Çalışmamızda, yerli ve yabancı doktrin tarafından verilmiş veya yargı kararlarına konu olmuş örneklerden elbette faydalanmaktayız. Ancak, örneklerin yetersiz kaldığı veya yeni gelişmeler neticesinde daha önceki İsviçre, Alman, Türk hukuklarında bu konuyu inceleyen eserlerin ele almadığı önemli noktaların bulunduğu durumlarda, özgün örneklerimizi de sunmamız gerekecektir. Örnek verme hususuna önemle değinmekteyiz. Zira yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramı, başlıbaşına farklı bir sözleşme veya zarar türünü ele almayan genel bir hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla, inceleme konumuzun, her türlü borç ilişkisinde karşımıza çıkabilecek bir kurum olduğunu ve bu örnekler üzerinden yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiğini göstermek kaçınılmazdır⁴. Bu maksat doğrultusunda, spor hukuku, fikri mülkiyet, tıp hukuku, eczacılık, avukatlık, noterlik, hekimlik, elektronik yazılım, internet, yapay zeka, robotlar, hayvanlar, bankacılık, iş hukuku, yapı denetim kuruluşları, iş sağlığı ve güvenliği, ulusal ve uluslararası spor organizasyon ve organizatörleri, kara-deniz-hava yolcu ve eşya taşımacılığı ve sair çok çeşitli konular üzerinden, konumuz ile ilgili daha önce yapılmış yerli-yabancı çalışmalarda yer almayan örneklerin ele alınması, ayrı bir öneme sahiptir.

³ Türk hukukuna ait eserlerde, yerli doktrin ve yargı kararlarına olduğundan daha fazla, İsviçre hukukuna ve Alman hukukuna atıf yapıldığına ilişkin olarak bkz. Christian Rumpf, **Einführung in das Türkische Recht**, 2. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2016, § 3, Pn. 21.

⁴ Reinhard Zimmermann, “Avrupa Hukuk Enstitüsü’nün Üstesinden Gelmesi Gereken Zorluklar”, Çev. Meliha Sermin Paksoy/Ece Baş, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 2, 2013, s. 598: “Örnekler öğretir.”.

Konumuza ilişkin pozitif hükümler ele alındığında, 818 ve yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda bu farkları elbette ele alacağız. Ancak yine ifade etmek gerekir ki, kaynak kanunumuz olan İsviçre Borçlar Kanunu da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin de içinde bulunduğu değişikliklerle birlikte, yeni bir kanun taslağı ortaya koymuştur. Yeri geldiğinde bu karşılaştırmalar yapılacaktır.

Nihayetinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk başlığı altında cevaplandırılması beklenen birden çok soru bulunmaktadır. Bu nedenle, “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun gereklilik ve temeline ilişkin kaynak veya kaynakların neler olduğu”, “yardımcı kişinin kim olduğu”, “kimlerin yardımcı kişi sayılamayacağı”, “yardımcı kişinin hangi fiillerinin borçlunun sorumluluğuna sebebiyet verebileceği”, “yardımcının veya borçlunun kusurluluk noktasındaki durumları”, “zararın tazmininde yararlanılacak ilkelerin neler olduğu”, “diğer hangi hallerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına sebebiyet vereceği”, “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun benzer kavramlardan ayrılması”, “bu sorumluluktan kurtulmaya ilişkin anlaşmaların hangi hallerde ve ne kapsamda yapılacağı”, yine “sorumluluğa ilişkin anlaşmalara getirilen sınırlamalar ve bu sınırlara uyulmamasının neticeleri”, “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulamasının yerli ve yabancı mahkeme kararları uyarınca görünümünün ne olduğu”, gibi başlıca soruların cevaplandırılması gerekecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK KAVRAMI, TARİHÇESİ, SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

I. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk⁵ konusunun incelenmesi kapsamında, öncelikle sorumluluğun tarihsel gelişiminin irdelenmesi yerinde olacaktır. Bu sebeple, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun Roma hukuku, özellikle Alman-İsviçre hukukları⁶ ve geçmiş ve günümüz sistematigi ile Türk borçlar hukuku çerçevesinde izlediği yol incelenecektir.

A. Roma Hukukunda

Tarihsel süreç ve gelişim kapsamında incelememiz gereken ilk sistem Roma hukuku sistemidir⁷. Altıncı yüzyılda, daha sonraları *Corpus Iuris Civilis* olarak anılan, Bizans İmparatoru Justinianus'un *Digeste*'si, orta çağ ortak hukuk "*common law - ius commune*" doktrininin temellerini oluşturmuştur⁸. Bu külliyyatı ise 1794 Prusya, 1804 Fransız, 1811 Avusturya, 1883 ve 1912 yıllarında İsviçre ulusal

⁵ Konumuz başlığının nihai üst kavramı olan "sorumluluk" kavramının, "başka bir kimsenin uğradığı zararı giderme borcu" olarak ifade edildiğini ekleyebiliriz. Bkz. Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, Pn. 1183.

⁶ Yeri geldiğinde önem derecesine göre kısaca, Avusturya, Fransa, İtalya gibi ulusal hukuklar ve hatta uluslararası hukuk metinleri de incelenecektir.

⁷ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun en eski görünümünün Roma hukuku sistemi içerisinde örneklendirilebilmesi yanında, genel olarak da Roma hukukunun, Yargıtay kararlarında dahi zikredildiğini görmekteyiz. bkz. Yarg. 4. HD, 25.05.1976 T., 1976/5263 E., 1976/5405 K.: "...*Borçlar Yasası İsviçre Medeni Yasasından alınmış ve ilkeleri İsviçre eski Borçlar Yasası ile müşterek Roma Hukukuna dayanmaktadır...*"; Yarg. 13. HD, 31.03.2006 T., 2005/15654 E., 2006/4848 K.: "...*Roma hukuku ile müşterek hukukun esaslarını benimseyen Borçlar Kanunumuz...*"; YİBK, 19.01.2007 T., 2005/1 E., 2007/1 K.: "...*Kökeni Roma Hukuku'na dayanan Türk ve İsviçre hukuklarında yer alan...*" (KİB).

⁸ Jan Dirk Harke, **Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft: Allgemeines Schuldrecht**, Berlin - Heidelberg, Springer, 2010, Pn. 3.

düzenlemeleri takip etmiştir⁹. Roma hukuku tabiriyle esas ele alınan kavramın ise *Corpus Iuris Civilis*'te derlenmiş olan hukuk olduğu ifade edilmektedir¹⁰. İncelendiğinde, gerek Alman¹¹, gerek İsviçre¹² ve dolaylı olarak da Türk kanun koyucusunun¹³, sistematik olarak da Roma hukukundan etkilendiği ve bu düzenleri benimsediği görülmektedir¹⁴. Roma hukukunun, çıkış coğrafyası olan İtalya'dan sonra en güçlü şekilde rol oynadığı ülkenin ise Almanya olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Çalışmamızda, bu üç ülke kanun koyucusunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleme şekli ile doktrinin konuyu ele alış tarzı incelenecek olmakla birlikte, bu üç hukuk sisteminin birleştiği ortak noktalardan birisi olan Roma hukukunun konuya ilişkin pratiklerini de zikredeceğiz¹⁶.

Genel bir giriş olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden (veya genel olarak başkasının fiillerinden) sorumlu olunması düşüncesi Roma hukukunun ilk dönemlerinde kendine yer bulmamış; ancak daha sonraki aşamalarda, gelişmeler neticesinde ortaya çıkmıştır¹⁷. Örneğin, “*D. 18, 6, 12 (11) (Alfenus'un digestası'nın ikinci kitabından) Satılmış bir ev eğer yakılmışsa, yangın kusursuz çıkmayacağına göre hukuk ne olacaktır? Cevap verir; yangın pater familias'ın kusuru olmadan*

⁹ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 3; ayr. bkz. Haluk Emiroğlu, “Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis Ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 3, 2002, s. 95 vd.; Fritz Tripler, **Die Haftung für Fremde Personen im Französischen und Deutschen Recht in Vergleichender Darstellung**, Halle-Wittenberg, Univ. Diss., 1933, s. 5 vd.

¹⁰ Emiroğlu, **a.g.e.**, s. 95.

¹¹ Sistematik olarak CIC ile krş.: BGB § 831, 832 ve 833, 834.

¹² Sistematik olarak CIC ile krş.: OR art. 55 ve 56.

¹³ Krş.: TBK md. 66 ve 67.

¹⁴ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 3; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 10. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 17, Pn. 98.

¹⁵ İnc. Gülnihâl Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci**, 2. bs., Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2010, s. 19 vd.

¹⁶ İnc. Andreas B. Schwarz, **Türkiye – İsviçre Medeni Hukuku Ve Roma Hukuku**, İstanbul, 1939, s. 18 vd.; ayr. örn. Gustav Becker, **Zur Vorgeschichte des § 278 BGB**, Diss., Göttingen, W. Fr. Kaestner, 1919, s. 2 vd.

¹⁷ Diler Tamer Güven, **Culpa In Eligendo**, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s. 1; inc. Mustafa, Ünlütepe, **Organizasyon Sorumluluğu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 7 vd.

çıkıldığından ve kölelerin ihmali ile olduğunda tabii ki dominus culpa içinde olmayacağından, bu sebepten eğer evin gözetiminde satıcı dikkatli ve erdemli kimselerin göstermesi gereken özeni göstermişse, böyle bir şey olduğunda ona hiçbir şey yöneltilemez.” şeklinde verilen metinde de görüldüğü üzere, bu devirdeki bakış açısına göre hakimiyet sahibi kişinin, yardımcılarının fiilleri neticesinde ortaya çıkan zararlardan ötürü, ancak kusuru varsa sorumlu olacağı ifade edilmiştir¹⁸.

Eklemek gerekir ki, Roma hukuku sorumluluk başlığı da sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere iki kısma ayrılarak incelenmektedir¹⁹. Roma hukukunda esas olarak, hak sahibi olabilenler ve borç altına girebilenler, yalnızca *sui iuris* olarak ifade edilen hür Roma vatandaşlarıydı²⁰. Dolayısıyla, aile reisi dışında, aile evlatları ve köleler, fiilleriyle sorumluluğa sebebiyet verebilmekte, ancak zararın tazmini söz konusu olduğunda ödeme yapmaları mümkün olmamaktaydı; ki bu da, hakimiyet altında olmaları ve malvarlığına sahip olmamalarına dayanmaktaydı²¹. Böyle bir durum karşısında, aile evlatları ve köleler gibi hakimiyet altındakilerin verdikleri zararların, aile reisi tarafından karşılandığı, örneğin zararın kölenin değerini aştığı durumlarda ise, hakimiyet sahibinin farklı bir imkanı olarak, kölenin zarar görene teslimi müessesesini kullanabildiği görülmektedir²².

Buradaki hakimiyet kavramı ve genel itibariyle Roma hukuku kavramları, günümüz doktrini açısından dahi son derece önemli örnekler oluşturmaktadır. Örneğin, bu hakimiyet bahsi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kaynak ve

¹⁸ Güven, **a.g.e.**, s. 49 vd.: “D. 18, 6, 12 (11) (*Alfenus Varus libro secundo digestorum*): *Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.*”.

¹⁹ Güven, **a.g.e.**, s. 15.

²⁰ Bülent Tahirolu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 329 vd.

²¹ Güven, **a.g.e.**, s. 16.

²² Güven, **a.g.e.**, s. 16; Ünlütepe, **Organizasyon**, s. 8; Roma hukukunun zamanla değişen yapı ve kurallarının ortaya konulması noktasında, örnek olarak ifade edilmelidir ki; bahsettiğimiz bu hakimiyet altındaki failin zarar görene verilmesi kurumu, daha sonraki dönemlerde evlatlar için kapsam dışı bırakılarak, kölelere mahsus bir hale gelmiştir, Güven, **a.g.e.**, s. 18.

temellerini açıklayan görüşlerden birisine de kaynak teşkil edebilmektedir; ki bunlar aşağıda incelenmektedir²³.

Genel olarak Roma hukukunda, yardımcı kişi kullanan kişinin, bu kişilerin seçiminden²⁴ ve gözetiminden²⁵ dolayı sorumluluklarının değerlendirildiğinin belirtildiğini²⁶ ifade ettikten sonra, sözleşme ilişkisi kapsamlı borçlarda yardımcı sıfatına sahip kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu tutulmayı genel hatlarıyla üç farklı paragrafta inceleyerek ayırmak yerinde olacaktır²⁷.

İlk olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma hukukunda esas itibarıyla bir kimsenin başka birisinin davranışından ötürü kendi kusurları olmadan sorumlu

²³ Bkz. B. I: III/B.

²⁴ “*Culpa in eligendo*”; Max Kaser/Rolf Knütel, **Römisches Privatrecht**, 18. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2005, § 36, Pn. 25; Martin Josef Schermaier, **Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Schuldrecht Allgemeiner Teil**, C. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 276-278, Pn. 39; Heinrich Honsell, “Haftung für Hilfspersonen”, **Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag: Privat Law (Band I) National - Global - Comparative (Band II)**, C. I ve II, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2011, s. 779; Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, C. 43, B. 2, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, s. 419; ayr. kaim kişinin fiillerinden sorumluluğun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk olarak değerlendirilmeyeceğine, sorumluluğun bu kişinin seçimi ile (*culpa in eligendo*) sınırlı olacağına ilişkin olarak da bkz. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, **Schuldrecht**, 11. bs., Germany, De Gruyter Recht, 2017, s. 393, Pn. 660.

²⁵ “*Culpa in custodiendo*”, Karl Luggauer, **Juristenlatein**, Wien, Juridicia Verlag, 1992, s. 58.

²⁶ Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Zürich, Schulthess & Co, 1964, s. 394; Kaser/Knütel, **a.g.e.**, § 36, Pn. 25; Becker, **278 BGB**, s. 2 vd.; Arthur Nussbaum, **Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B. im Vergleich mit dem Gemeinen und Landesrecht**, Berlin, Verlag von E. Ebering, 1898, s. 6; Zafer Zeytin, “İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1427; ayr. gözetim yükümlülüğü ile alakalı örnek olarak kısaca bkz. Yarg. 11. HD, 28.04.2003 T., 2002/11863 E., 2003/4086 K.: “...Sözleşmenin 14.1. maddesinde, sözleşme süresi içinde, sözleşme konusuna giren işleri T...’ın kontrol teşkilatı ile dilediği şekil ve yöntemlerle her zaman kontrole yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. O halde, T... Elektrik Dağıtım AŞ’nin iş sahibi sıfatıyla müteahhidi işin yapımından kontrol ve gözetimi altında bulundurduğu, bu nedenle 3. şahıslara verilecek zararlardan iş sahibi sıfatıyla sorumluluğu bulunduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, davanın doğru tüzel kişi aleyhinde açıldığının kabulü ile işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın husumetten reddi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...” (KİB).

²⁷ Roma hukukunda ele alınan bu sorumluluk türünün günümüzde, BGB § 278, ABGB § 1313, OR art. 101’de ele alınıyor olmasına ilişkin bkz. Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 8. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2015, s. 146; Filippo Ranieri, **Europäisches Obligationenrecht**, 3. bs., Germany, Springer, 2008, s. 797.

olmaları görüşü kabul görmemiştir²⁸. Bunun anlamı ise yardımcı kişi kullananın, kusuru bulunmadığı durumlarda, emrindeki yardımcısının karşı tarafa vermiş olduğu zararlardan dolayı kişisel bir sorumlulukla muhatap olmayacağıdır. Bu durumda, borçluyu yardımcı kişinin eylemlerinden dolayı sorumlu tutabilmek için, “borçlunun bizzat kusurlu olması”, “bizzat kendisinin ifa etmesi gereken işi bir yardımcı vasıtası ile ifa etmek istemiş olması” veya “yardımcı kişiyi seçerken-gözetirken-talimat verirken kusurlu olması” durumlarından birisinin mevcut olması gerekecektir²⁹. Klasik Roma hukuku bakımından BGB § 831-278, (OR art. 55-101, TBK md. 66-116) gibi genel şekilde yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluğu düzenleyen kurallarının bulunmadığını belirtmek gerekir³⁰. Ancak kazuistik metod ile belirlenmiş, yardımcıları gibi kişilerden sorumlu olunabileceğine dair farklı sorumluluk düzenlemelerinin varlığının bilindiğini de söyleyebiliriz³¹.

Örneğin, “eğer ben size bir evi kiraya verirsem ve kölelerim herhangi bir zararınıza sebep olur ya da bir hırsızlık yaparlarsa, ben size kira sözleşmesinden dolayı sorumlu olmam, ancak bir noxal dava ile sorumlu olurum.” şeklinde tercüme edilebileceğimiz metinde³² kiraya verenin, kölelerin verdikleri bu zararlardan dolayı sözleşme gereğince değil, noxa ile köleyi vererek sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmektedir³³.

İkinci olarak, yardımcı kişilerin sözleşmelerin ifasında kullanılmaları ve yardımcı kişi kullananların kusursuz olarak sorumlu olmamaları neticesinde ortaya

²⁸ Esasen, daha ziyade köleler üzerinden değerlendirilen bu sorumluluk, kullanılanların yardımcı kişi değil, köle olmalarından dolayı daha farklı bir durum olarak nazara da alınabilmektedir. bkz.: Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 7; Johannes Delmery, **Der Erfüllungsgehilfe in § 278 BGB**, Bochum, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1982, s. 42.

²⁹ Güven, **a.g.e.**, s. 140; Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 29.

³⁰ Stefan-Andreas Fundel, **Die Haftung für Gehilfenfehlverhalten im Bürgerlichen Recht**, Diss., Tübingen, Köhler-Druck, 1999, s. 29.

³¹ Fundel, **a.g.e.**, s. 29.

³² Bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 61 vd.: “D. 19, 2, 45 pr. (Paulus libro vicesimo secundo ad edictum): Si donum tibi locavero et servi mei tibi damnum dederint vel furtum fecerint, non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione”; ayr. bkz.: çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D19_Scott.htm#II, szt. 28.11.2017.

³³ Benzer metinler için bkz.: Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 7 vd.

çıkan riziko nedeniyle, tarafların esas sözleşmenin ifasında kullanılan yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğun mevcut olacağına ilişkin anlaşmaya varmaları ve mevcut sorumluluklarını ağırlaştırmaları mümkün olmaktadır³⁴. Zira birçok metinde, bahsettiğimiz gibi, asıl borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden dolayı kusursuz sorumluluğuna sebebiyet verecek hükümlerin konulduğu ifade edilmektedir³⁵. Örnek vermek gerekirse; (D. 19, 2, 30, 4) Alfenus'un digestasının Paulus tarafından özetlenmiş ikinci kitabından tercüme edebileceğimiz metne dayanan olayda, esasen yangın dış zorlama doğuran bir olay olsa da, kölenin yangın çıkarmak suretiyle vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu olunacağı ifade edilmektedir³⁶. Dolayısıyla burada, kölelere veya kiracıya bir kusur yüklenemeyecek bir dış sebepten dolayı bir zarar meydana gelseydi, kiracının sorumluluğu söz konusu olmayabilecek iken, somut olayda kiracının kölesinin bizzat zarara sebebiyet vermesi ise kiracı bakımından sorumluluğu ortaya çıkarmaktadır. Burada, sözleşmeye ilişkin taraf iradeleri bakımından, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun incelendiğini görebiliriz.

Yine sözleşme ile sorumluluğun genişletildiği bir somut olayda³⁷, hayvanların belirlenen yükten daha ağır bir yük taşıtılarak zarara uğratılması fiili, kiracı tarafından değil, üçüncü bir kişi tarafından yapılmış olsa da, sözleşmenin ihlal edildiği ve buradaki zararlardan dolayı kiracının sorumluluğuna gidileceği ifade

³⁴ Güven, **a.g.e.**, s. 136.

³⁵ Güven, **a.g.e.**, s. 136.

³⁶ Söz konusu örnek metnini, metnin lafzi yapısına dokunmadan “Bir kiracı maddi cebir ve eskime halleri hariç olmak üzere hasarsız şekilde teslim etmek şartıyla bir evi teslim aldı. Kiracının bir kölesi evi yakıtı, ancak beklenmedik bir hal yoktu. Bu gücün dış güç olarak kabul edilmemesinin görüşünde bulunulur ve eğer kölelerden birisi onu yakmışsa sorumlu tutulmayacağını üstlenmek üzere olmadığını, ancak her iki tarafın dış zorlamaları hariç tutmak niyetinde oldukları belirtilir” şeklinde ifade etmek mümkündür, bkz.: çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D19_Scott.htm#II, szt. 29.11.2017; ayr. bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 63 vd.: “D. 19, 2, 30, 4 (Idem libro tertio digestorum a Paulo epitamatorum): Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu, non videri eom vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extraiam vim utrosque excipere voluisse.”.

³⁷ “D. 19, 2, 30, 2 (Alfenus libro tertio digestorum a Paulo epitomatorum): Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione, respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mula agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, Cum conductore recte agi.”, çvr. <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest19.shtml>, szt. 19.10.2017.

edilmiştir; aynı şekilde kiracının evde ot bulundurulmaması konusunda anlaşmaya vardıkları bir kira sözleşmesinde³⁸, kiracının sözleşmeyi ihlal ederek kiralanan ot bulundurması ve kiracının kölesinin de otları yakıp tutuşturması olayında kiracının, kölesinin verdiği bu zarardan dolayı sorumlu tutulacağı, zira henüz başlangıçta kiralanan ot getirilerek ihlale sebebiyet verildiği ifade edilmiştir³⁹.

Üçüncü olarak, (borçlunun kusurluluğuna dayanan sorumluluğu ve sözleşmeye taraflarca konulan özel maddeler dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk ihtimalleri dışında) artan ve önem arz eden ihtiyaçlardan dolayı, bazı sözleşme türleri için kusursuz sorumluluğun kabul edildiği alanlar ortaya çıkmıştır⁴⁰. Diğer bir ifade ile gelişen ekonomik yaşam, ticaret ve şehirleşme, tarafların sözleşme ile kararlaştırmış olup olmadıklarına bakılmaksızın yardımcı kişilerin fiilleri bakımından kusursuz sorumluluğa sebep olmaları ihtiyacını ortaya çıkarmış ve bu doğrultuda bazı alanlarda, yeni çözümler ve dava imkanları ortaya çıkmıştır⁴¹. Dolayısıyla, bu gibi özel durumlarda ve sözleşmelerde, tarafların özel hüküm koyup koymadıklarına bakılmaksızın, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğa hükmedilecektir.

Roma hukuku uygulamasından D. 44, 7, 5, 6 (Gaius'un altın konular isimli üçüncü kitabından): *“Aynı şekilde bir geminin kaptanı ya da taverna ya da hanın maliki, gemide, tavernada ya da handa gerçekleştirilen hasar veya hırsızlıktan dolayı haksız fiil benzerine göre sorumlu tutulur. Kendisi bizzat suç oluşturan davranışları işlemiş olmakla değil fakat hizmetleriyle gemiyi, tavernayı ya da hanı yönetenlerden birinin kötü hareketi olması halinde sözleşmede bu eylem onun aleyhine kararlaştırılmamış olduğu halde belirli bir dereceye kadar ihmalden sorumludur; çünkü kötü adamların hizmetini kullanmıştır, böylece haksız fiil benzerlerinden dolayı sorumlu olduğu nazara alınır.”* şeklinde tercüme edilebilecek bir başka örnek

³⁸ “D. 19, 2, 11, 4 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum): Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. Ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem.”, çvr. <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest19.shtml>, sz. 19.10.2017.

³⁹ Güven, **a.g.e.**, s. 65 vd.

⁴⁰ Güven, **a.g.e.**, s. 136; bkz. Fundel, **a.g.e.**, s. 29 vd.

⁴¹ Güven, **a.g.e.**, s. 72.

metinde⁴² de, kişinin çalıştırdığı kişilerin vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu olacağı açıkça belirtilmektedir⁴³. Burada, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında daha ziyade, kölelerin noxal sorumluluk⁴⁴ doğuracak davranışları ele alınmaktadır; ki esasen de, köleler dışındaki özgür kişilerin sürekli borç ilişkilerinde hizmet ilişkisi içerisinde olmasının, nadir rastlanan bir durum olduğu ifade edilmektedir⁴⁵.

Roma hukukundaki durumu özetlemek gerekirse;

Kural olarak Roma hukukunda, bir kimsenin başkasının bir fiilinden dolayı sorumlu olması durumu kabul edilmemiştir. Diğer taraftan, bir kişinin kusuru bulunmadığı bir durumdan da sorumluluğunun bulunmaması, genel olarak kabul görmüştür. Roma hukukunda, sözleşme ilişkisi kapsamında bir yardımcının fiillerinden sorumlu tutulabilmek için çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Buna göre, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk için;

- yardımcı kişinin seçiminde-gözetiminde-talimatlandırılmasında borçlunun kusuru olması,
- yardımcı kişi kullanılamayacak bir işte yardımcı kişi kullanılması,
- yardımcı kişinin eylemlerinden doğacak zararlardan sorumlu olunacağına dair özel bir anlaşmanın bulunması veya
- özel önemi gereğince, Roma hukuk sistemi içerisinde, yardımcı kişilerden dolayı

⁴² Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D44_Scott.htm#VII, sz. 29.11.2017.

⁴³ Bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 80 vd.: “D. 44, 7, 5, 6 (Gaius libro tertio aureorum): Item excercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut cauponae aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut caupona aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum conatitata haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominem uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.”.

⁴⁴ Ayr. bkz. Cornelius Renner, **Die Deliktische Haftung für Hilfspersonen in Europa**, Berlin, Duncker & Humbolt, 2002, s. 24.

⁴⁵ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 6; Bu ifadeye göre, Roma hukuku bakımından, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk içerisinde ele alınan yardımcı kişileri, büyük bir çoğunluk ile köleler olarak düşünmek gerekir.

sorumluluğun kusursuz sorumluluğa yol açtığının kabul edildiği sözleşme ve iş tiplerinden birinin mevcut olması⁴⁶,

ihtimallerinden bir veya birden fazlasının bulunması aranmaktadır⁴⁷. Yine nihai olarak, (gerek sözleşmeden, gerekse de haksız fiillerden doğan sorumluluk anlamında) yardımcı üçüncü kişilerin fiilleriyle verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğun, Roma hukuku içerisinde de tanındığını ifade edebiliriz⁴⁸.

B. Alman ve İsviçre Hukuklarında

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun gelişim sürecinin incelenmesi açısından değinmemiz gereken bir diğer süreç ise, konunun özellikle İsviçre ve Alman hukuk sistemlerine göre durumudur. Ayrıca, Roma hukuku uygulamaları bir kenara bırakılacak olursa, bu sorumluluk kavramının doktrin ve hukuk sistemlerinde 17. yüzyıldan bu yana kendine yer edindiği de ifade edilmektedir⁴⁹. Bu nedenle, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının, oldukça eski bir hukuki mesele olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu başlık altında Alman hukuku ile sürece giriş yapmak gerekirse, ilk zamanlardan, yani Germen hukuku açısından durumu incelemek ve günümüze gelmek gerekir. Başlangıçta “*germanisch-deutsch*” olarak adlandırılan bu hukuk sisteminde bir teklik bulunmamaktaydı⁵⁰. Alman hukuk sisteminin ilk dönemleri incelendiğinde, yukarıda Roma hukuku için bahsettiğimiz sorumluluk prensiplerinden farklı bir ana sorumluluk prensibi bulunduğunu görmüş oluruz. Roma hukukunda ana prensip olarak, bir kimsenin sorumluluğu ve hatta kural olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu için kusurunun bulunması gerektiğini

⁴⁶ Fundel, **a.g.e.**, s. 29 vd.

⁴⁷ Ayr. inc. Rolf Knütel, “Die Haftung für Hilfspersonen im Römischen Recht”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung**, C. 100, S. 1, 1982, s. 435 vd.

⁴⁸ Fundel, **a.g.e.**, s. 30.

⁴⁹ Becker, **278 BGB**, s. 72.

⁵⁰ Alfred Koller, **Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, s. 19.

ifade etmiştik. Alman hukukunun ilk dönemleri dikkate alındığında ise sorumluluk bakımından kusur prensibinin değil, sebep prensibinin esas olduğunu; bu nedenle de, hukuka aykırı olarak verilen tüm zararların, tazmin zorunluluğuna neden olan bir sorumluluğa yol açtığını⁵¹ ve hatta kusur ehliyetinden yoksun olanların dahi verdikleri zararlardan dolayı malvarlıkları ile tazmin yükümlüsü olduklarını belirtebiliriz⁵². Aynı şekilde, kusur ehliyetinden yoksun olanların da yardımcı kişi olarak nazara alınmalarında bir engel bulunmadığı da ifade edilmektedir⁵³.

Alman hukukunun en erken dönemleri incelendiğinde ve günümüz hukuk kurallarıyla karşılaştırıldığında, son derece ağır bir sorumluluk sistemi olduğunu görmekteyiz. Şöyle ki, bu ilk dönemlerde borçlu, sözleşmeden doğan borcunu kendisinden kaynaklanmayan, rastlantısal ve tamamen dış etkenlerden kaynaklanan sebeplerden dolayı hiç veya gereği gibi yerine getiremediği⁵⁴ taktirde sorumlu olmaktadır⁵⁵; ve bu sorumluluk yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zararları da kapsıyordu⁵⁶. Takdir etmek gerekir ise, rastlantısal ve dış etkenlere bağlı olaylardan dahi sorumlu olunmasına neden olan bir prensip, elbette ki sözleşmenin ifasında kullanılan yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı kusursuz olarak sorumlu olmaya onay verecektir. Belirttiğimiz bu ağır sorumluluk prensibi, daha sonraki dönemlerde hafifletilmiş⁵⁷, sorumluluk için, borçlunun kusurunun bulunması, engellenemeyen olaylar hariç olmak kaydıyla zararın rastlantısal olaylar neticesinde ortaya çıkması

⁵¹ Koller, **101**, s. 19.

⁵² Koller, **101**, s. 19; Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995, s. 44.

⁵³ Roland Schwarze, **Das Recht der Leistungsstörungen**, 2. bs., Berlin/Boston, De Gruyter, 2016, s. 577, Pn. 53; Ayırtetme gücüne dahi sahip olmayan kişilerin de yardımcı kişi olarak kullanılmaları, günümüzde ve Türk hukuku bakımından mümkündür. Böyle bir kişinin yardımcı kişi olarak kullanılması ise, çoğu durumda, borçlunun kusurunu teşkil edeceğinden, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarına gerek kalmadan, bizzat sorumlu olacağını ifade etmek de yanlış olmaz.

⁵⁴ “Nicht- oder Schlechterfüllung”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 123.

⁵⁵ Koller, **101**, s. 19.

⁵⁶ Koller, **101**, s. 19; Şenocak, **Yardımcı**, s. 44.

⁵⁷ Koller, **101**, s. 19.

aranmıştır⁵⁸.

Alman hukuku bakımından bir diğer dönem ise “*das gemeine recht*” olarak adlandırılan ortak/müşterek hukuk sistemidir. Ortak hukuk ifadesiyle anlaşılması gerekenin ise ortaçağdaki İtalyan hukuk yorumcularının Roma hukukuna verdikleri biçim olduğu ifade edilmektedir⁵⁹. Bu dönem incelendiğinde ise, sorumluluk prensibi olarak, yukarıda bahsettiğimiz ilk dönem hukuk sistemi aksine, kusur prensibinin rol oynadığını belirtebiliriz⁶⁰.

Alman hukuku içerisinde (borç ilişkisi bağlamında) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayı düzenleyen, günümüze ilişkin bir hüküm aradığımızda ise, 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Alman Medeni Kanunu’nun (*Bürgerliches Gesetzbuch*) 278. paragrafına bakmamız gerekecektir⁶¹. Tek fıkradan oluşan paragraf 278⁶² incelendiğinde paragrafın, “bir borcu yardımcı kişiler aracılığıyla ifa eden veya borcu kanuni temsilcileri aracılığıyla ifa edilen kişilerin, bu yardımcı kişi veya kanuni temsilcilerin kusurlarından kendi kusuru gibi sorumlu olacağını” ifade ettiğini görmekteyiz⁶³.

⁵⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 44.

⁵⁹ Koller, **101**, s. 20, dn. 55; Ranieri, **a.g.e.**, s. 19, dn. 1.

⁶⁰ Koller, **101**, s. 20.

⁶¹ Koller, **101**, s. 23; Gerd Granitza, **Erfüllungsgehilfen- und Repräsentantenhaftung: Ein Beitrag zur Frage der Notwendigkeit eines besonderen Repräsentantenbegriffs**, Diss., Frankfurt am Main, Eigenverlag, 1968, s. 14; Fundel, **a.g.e.**, s. 53; Becker, **278 BGB**, s. 63; Ayrıca yardımcılarından dolayı sorumluluk bağlamında, bir kimsenin kusuru aranmamasına rağmen sözleşmesel kapsamda sorumlu tutulmasına ilişkin kurumun, modern anlamda ilk olarak ifade edilmesine ilişkin olarak bkz. Delmere, **a.g.e.**, s. 69 vd.; Georg Friedrich Puchta, **Vorlesungen Über das Heutige Römische Recht**, C. 2, 3. bs., Leipzig, 1852, s. 146 vd.; Ranieri, **a.g.e.**, s. 801.

⁶² Önemli nedeniyle ve karşılaştırma yapılabilmesi açısından “Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte” başlıklı söz konusu 278. maddenin “*Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.*” şeklindeki esas metnini ve yine “*The obligor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. The provision of section 276 (3) does not apply.*” şeklindeki resmi çevirisini belirtmek gerekir.

⁶³ Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil**, C. 1, 14. bs., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, s. 295; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 391, Pn. 656; Fundel, **a.g.e.**, s. 51 vd.; Ranieri, **a.g.e.**, s. 801; Garanti sorumluluğu olduğu yönünde bkz. Josef

İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk hukuku düzenlemeleriyle karşılaştırıldığında, Alman Medeni Kanunu’nun 278. paragrafındaki bu düzenlemede açık farklılıklar bulunmaktadır⁶⁴. Öncelikle, İsviçre Borçlar Kanunu’nda ve ona paralel olarak Türk Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi doğrudan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu ele alan ayrı bir sorumsuzluk anlaşması hükmü(fıkrası) düzenlenmemiştir. Bu noktada hemen ifade etmek gerekir ki, tıpkı Alman Medeni Kanunu’nda olduğu gibi, yeni İsviçre Borçlar Kanunu’na yönelik 2020 tasarısında da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin mevcut maddedeki bu özel sorumsuzluk fıkraları maddeden çıkarılmıştır⁶⁵.

Bahsettiğimiz paragraf 278’i düzenleyen Alman Medeni Kanunu’nda, mevcut İsviçre ve Türk kanunlarından farklı ve özellikle dikkat çeken bir başka düzenlemenin olduğu görülmektedir. Şöyle ki, Alman Medeni Kanunu’nda, bahsettiğimiz diğer kanunlardan farklı olarak, sorumluluk kapsamında “...gesetzlichen Vertreter...” yani “kanuni temsilci” ifadesinin yer verildiği görülmektedir⁶⁶. Bu ifade, İsviçre ve ona paralel olarak Türk kanunlarında yer almamaktadır. Dolayısıyla bu durum, Alman Medeni Kanunu ve ona bağlı olan doktrin incelenirken görebileceğimiz en açık ve dikkat çekici farklılıklardan birisidir. Bu farklılık dolayısıyla, Türk ve İsviçre kanunlarının kanuni temsilciyi sorumluluk kapsamı dışında bıraktığı şeklinde doğrudan bir yoruma yer vermek de uygun olmayacaktır⁶⁷.

Diğer taraftan Alman Medeni Kanunu, tıpkı eski İsviçre Borçlar Kanunu’nda

Alpmann, **JurisPraxisKommentar – BGB: Schuldrecht**, C. 2.1, 5. bs., Saarbrücken, Juris, 2010, § 278, Pn. 1.

⁶⁴ Karşılaştırma için ayr. bkz. Elisabeth Weber-Häusermann, **Haftung für Hilfspersonen**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984, s. 86 vd.

⁶⁵ Markus Müller-Chen, **Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für Einen Neuen Allgemeinen Teil**, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, s. 354.

⁶⁶ Bkz.: Hugo Kress/Hermann Weitnauer/Horst Ehmann, **Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts**, Aalen, Scientia Verlag, 1974, s. 332 vd.; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar: Das Obligationenrecht**, C. VI, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000, Art. 101, Pn. 16; Harm Peter Westermann, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, 13. bs., Köln, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2011, § 278, Pn. 1.

⁶⁷ Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz.: B. II: I/C/3/b.

olduğu gibi, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden “kusurlarıyla” verdikleri zarar bakımından sorumlu olacağını açıkça belirtmiş olması bakımından da yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’ndan ayrılmaktadır⁶⁸.

Başlığimiz altında değinmemiz gereken ve kaynak kanunumuz da olması vesilesiyle daha önemli noktada bulunan inceleme hususu ise İsviçre Borçlar Kanunu ve doktrindir. Bu nedenlerle, İsviçre hukuk sistemi ve mevzuatının da irdelenmesi gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlenmesi açısından yıllar içerisinde⁶⁹ kendi bünyesinde birçok tasarıya yer vermiştir⁷⁰. Esasen İsviçre hukukunda, zaman içerisinde farklı sistemlerin rol oynadığı ifade edilmektedir⁷¹. İsviçre hukuku bakımından, ele aldığımız kapsamda modern bir düzenlemeye ise ilk olarak, 1881 tarihli kanunun 115. maddesi⁷² örnek gösterilmektedir⁷³. Nihayetinde, 1911 tarihli kanundaki haliyle bugünkü şeklini alan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü, 101. maddede yer almaktadır⁷⁴. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında⁷⁵, bir borcun ifa edilmesinin veya aynı şekilde,

⁶⁸ Kusurluluk hususuna ilişkin ayrıntılı olarak, bkz.: B. II: I/E.

⁶⁹ İncelendiğinde, 1881 yılından bu yana, ve hatta 2020 yılında yürürlüğe girmesi planlanan yeni kanun çalışmaları süresince, farklı hüküm ve tasarıların olduğu görülecektir.

⁷⁰ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 50 vd.

⁷¹ Becker, **278 BGB**, s. 51.

⁷² “*Der schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienmitglieder, seiner Angestellten und Arbeiter. Ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen.*

Die Verantwortlichkeit des Schuldners für das Verschulden der genannten Personen kann durch eine zum Voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden. Steht aber der Verzichtende zu dem andern Theil in einem Dienstverhältniß oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionirten Gewerbes, so darf die Haftung nur für leichtes Verschulden wegbedungen werden.”.

⁷³ Becker, **278 BGB**, s. 52; Delmere, **a.g.e.**, s. 50 vd.; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 52; Fundel, **a.g.e.**, s. 42; ayr. Knütel, **a.g.e.**, s. 342 vd.

⁷⁴ Peter Gauch, “Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 116-1997, s. 329, aynı eser için çevirimiçi olarak bkz. [https://www.unifr.ch/zrhr/assets/files/Documents/Publikationen/Gauch/Die%20Verheinheitlichung%20der%20Delikts-%20und%20Vertragshaftung%20\(korr.%20SF%2025.6.2007\).pdf.](https://www.unifr.ch/zrhr/assets/files/Documents/Publikationen/Gauch/Die%20Verheinheitlichung%20der%20Delikts-%20und%20Vertragshaftung%20(korr.%20SF%2025.6.2007).pdf.), szt. 27.06.2018.

⁷⁵ “*Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder*

yine bir borç ilişkisinden dolayı sahip olunan bir hakkın kullanılmasının işçi, müstahdem, birlikte yaşanan kişiler gibi yardımcı kişi sayılabilecek kişilere (kanuna uygun şekilde olsa bile) bırakması ve bu kişilerin de hakkı kullanırken/borcu ifa ederken zarara sebebiyet vermeleri halinde, verdikleri zararlardan yardımcı kişi kullananın sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında⁷⁶, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşma ile sınırlandırılabilmesi veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi ifade edilmektedir⁷⁷.

Maddenin son fıkrası ifadesinde⁷⁸ ise, ikinci fıkraya ek ve onun istisnası olarak, alacaklının (yardımcı kişi çalıştırmanın sözleşme yaptığı kişinin) borçlunun hizmetinde olması veya sorumluluğun resmi izinle yürütülebilen bir iş kapsamından doğması halinde bu sorumluluğun kaldırılması konusundaki anlaşmaların yalnızca hafif kusur için söz konusu olabileceği düzenlenmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise buradaki sorumsuzluk imkanı, (TBK md. 115 ve 116'da) tamamen kaldırılmıştır.

Yukarıda da kısaca ifade ettiğimiz üzere, kaynak kanunumuz olan yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu, 2020 yılında yürürlüğe girmesi planlanan yeni bir tasarı halinde önümüzde durmaktadır. Bu kapsamda, tezimizde karşılaştırmalı olarak ele almakta olduğumuz yürürlükteki söz konusu 101. madde de değişikliğe uğramaktadır. Bu nedenle, yaptığımız karşılaştırmalar ve incelemeler yanında, yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi ihtimali olduğunu da akılda tutmakta yarar vardır. Dolayısıyla, incelemelerimizi yürürlükteki kanun hükümlerine dayalı olarak yapacak olmakla birlikte, karşılaştırma gerektiren noktalarda, tasarıdaki düzenlemelerden de

Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.”.

⁷⁶ “Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.”.

⁷⁷ Andreas von Tuhr/Alfred Siegwart, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, C. 2, 2. bs., Zürich, Polygraphischer Verlag, 1944, s. 571.

⁷⁸ “Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.”.

kısaca bahsetmek gerekli ve faydalı olacaktır.

Tasarıda en başta ve doğrudan dikkatimizi çeken ilk husus, üç fıkradan oluşan mevcut madde 101'in, "*Einstehen für Hilfspersonen*"⁷⁹, başlıklı yeni madde 119'da tek fıkra ve dolayısıyla da daha kısa bir biçimde düzenlenmiş olmasıdır. Söz konusu maddede⁸⁰, "borçlunun, kendisine sözleşmeden doğan bir borcun ifası konusunda veya yine sözleşmeden doğan bir hakkın kullanılması konusunda yetki verdiği yardımcı kişilerin, (bu borcu ifa veya hakkın kullanılması noktasında) görevi yerine getirirken diğer tarafa verdiği zararlardan borçlunun kendisinin sorumlu olacağı ve yine borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmek için yardımcısının zarara sebebiyet veren fiillerini kendisi yapmış olsa idi sorumlu olmayacak olduğunu ispat etmesi gerekeceği" düzenlenmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tasarıda düzenlenen maddedeki bu son cümle, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusunun kusurluluk başlığı altındaki (ikinci bölümde de değineceğimiz) tartışmaları sonlandırarak, doktrindeki hakim görüşü kanun metnine dahil etmiştir. Bu nedenle, tasarının bu maddesinin ayrıca bir öneme sahip olduğunu söylemek gerekir⁸¹.

Yeni tasarıyla birlikte sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen fıkralar maddeden çıkarıldığı için, sorumsuzluğa ilişkin genel maddelerde inceleme yapmamız gerekecektir. Bu noktada, tasarının "*Freizeichnung*" başlıklı 122. maddesi

⁷⁹ Kavramın "*hilfspersonen*" olarak ifadesi için bkz.: Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 5; "*Erfüllungsgehilfen*" olarak bkz.: Erich Leschke, **Die Haftung des Vereins für Seine Organe**, Diss., Strassburg, Buchdruckerei C. & J. Goeller, 1910, s. 75; "*Hilfskräfte*" olarak Ole Lando, "Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, C. 67, S. 2, 2003, s. 240; Josef Esser/Eike Schmidt, **Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil**, 8. bs., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2000, s. 95; "*haftung für fremdes Verschulden*" bkz. Otto Warneyer/Heinrich Bohnenberg, **Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich: Bd. 1. Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht**, 11. bs., C. I, Detmold, Albert Nauck & Co Verlag, 1950, s. 207.

⁸⁰ "*Bedient sich der Schuldner zur Erfüllung einer Pflicht oder zur Ausübung eines Rechts einer Hilfsperson, hat er für deren Verhalten einzustehen, es sei denn, er beweise, dass er nicht haften würde, wenn er selbst gehandelt hätte.*"

⁸¹ Ayr. bkz. B. II: I/E.

incelenmelidir. Söz konusu maddeye göre⁸², “alacaklının haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar, tarafların önceden üzerinde anlaşmaya vardıkları hak ve borçlarını önemli ölçüde değişikliğe uğratmaları halinde geçersiz olacaklardır”. Dolayısıyla tasarıya göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından sorumsuzluk anlaşmaları, bir özel düzenleme olmaktan çıkarak, genel hüküm niteliğindeki bu 122. maddede ele alındığından⁸³, İsviçre hukuku anlamında bu genel hükmün incelenmesi gerekli ve yeterli olabilecektir⁸⁴.

Yukarıda ifade ettiğimiz maddeyi kabaca konumuza uyarlayacak olursak, yardımcı kişilerin kullanılacağı bir sözleşmede alacaklının yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk hükümlerine gidebilme imkanının sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması halinde, tarafların önceden anlaşmaya vardıkları hak ve borçlar önemli ölçüde/esaslı değişikliğe uğrayacak ise, bu sınırlama veya kaldırma anlaşması geçerli olmayacaktır. Tasarı gerekçesinde de ifade edildiği üzere, düzenleme ile hem sorumsuzluk anlaşmalarının ölçüsü olarak ön planda olan kusur kavramının ele alınmasından⁸⁵, hem de sorumsuzluk anlaşmaları bakımından yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk ile borçlunun bizzat kendi fiillerinden sorumsuzluğu arasındaki ayırmadan vazgeçilmektedir⁸⁶.

⁸² “Im Voraus getroffene Vereinbarungen über die Beschränkung oder den Ausschluss von Rechten des Gläubigers sind ungültig, wenn die von den Parteien vereinbarte Verteilung von Rechten und Pflichten dadurch wesentlich verändert wird.”.

⁸³ Tasarıdaki yeni maddenin gerekçesi incelendiğinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmalarına dair mevcut fıkraların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddesinden çıkarılarak, yalnızca genel hükümle düzenlenmek istendiği görülmektedir. Bkz.: “...Anders als bei Art. 101 OR wird die Freizeichnung für das Verhalten der Hilfspersonen nicht in Art. 119 OR 2020 geregelt, sondern von der allgemeinen Freizeichnungsvorschrift von Art. 122 OR 2020 erfasst (s. N 2 zu Art. 122 OR 2020)...”, çvr. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/ff8ca829-96df-4e58-a4c5-273f5db65dac?hitPos=2>, szt. 15.11.2017.

⁸⁴ Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 354.

⁸⁵ Ts. OR 2020 art. 122 gerekçesinde bkz.: “...Vertragliche Freizeichnungsklauseln sind nur rechtsbeständig, wenn sie die von den Parteien vereinbarte Verteilung von Rechten und Pflichten nicht wesentlich verändern. Es wird mit anderen Worten, anders als bei Art. 100 und Art. 101 Abs. 2 und Abs. 3 OR, nicht an das Verschulden angeknüpft...”, çvr. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/200f828f-9b77-4b3c-8734-ad8173098694?hitPos=1#firstSearchTerm>, szt. 15.11.2017.

⁸⁶ Ts. OR 2020 art. 122 gerekçesinde bkz.: “...Im Unterschied zu Art. 100 und Art. 101 Abs. 2 und Abs. 3 OR differenziert Art. 122 OR 2020 nicht zwischen der Freizeichnung für eigenes Handeln und dasjenige einer Hilfsperson. Es entspricht in der Tat den Gegebenheiten der arbeitsteiligen,

Dolayısıyla, yeni tasarının kanunlaşması halinde, bu hükmün uygulanma döneminde hakim, alacaklının borçlunun hizmetinde olup olmadığına, işin resmi izinle yürütülüp yürütülmediğine veya sorumsuzluk kaydının ağır veya hafif kusura ilişkin olup olmadığına değil, genel olarak caiz bir sorumsuzluk anlaşmasının şartlarının bulunup bulunmadığını inceleyecektir⁸⁷.

Sonuç olarak, İsviçre kanun koyucusu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu yeni kanun tasarısında tek fıkra halinde düzenlemiş ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kısıtlanması veya kaldırılmasına ilişkin hükümleri maddeden çıkararak genel düzenleme içeren sorumsuzluk maddesinin uygulanmasını yeterli görmüştür.

C. Diğer Bazı Ulusal Hukuklarda

Çalışmamızın esas karşılaştırma çerçevesini teşkil eden Alman ve İsviçre hukuklarının yanı sıra, detaylarına girmeden bazı Avrupa ve batı hukuklarına dair incelemeleri de zikretmekte fayda vardır. Bu bakımdan kısaca, Fransa, İtalya, Avusturya, İngiltere gibi ulusal hukuklara değineceğiz.

Belirtmek gerekir ki, kronolojik olarak daha eski olan 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB) veya 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemeleri öncesinde de, başka ülkelerin yaptığı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu inceleyen kanunlaştırmaların olduğunu görmekteyiz. Bunlara ilişkin olarak, içerisinde özel hükümler içeren 1794 tarihli “*Das preussische Allgemeine Landrecht*”⁸⁸ (ALR) yani Prusya Genel Devlet Kanunu⁸⁹, 1803 tarihli “*Code civil*

modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft besser, die beiden Tatbestände nach den gleichen Kriterien zu beurteilen. Aus diesem Grund ist es sachgerecht, dass auch die Freizeichnung für Hilfspersonen sich nach Art. 122 OR 2020 richtet...”, çvr. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/200f828f-9b77-4b3c-8734-ad8173098694?hitPos=1#firstSearchTerm>, sz. 15.11.2017.

⁸⁷ Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin aşağıdaki IV. bölüm dahilinde yapılacaktır.

⁸⁸ Diğer adı ise “*Corpus Iuris Fredericianum*” olarak ifade edilmektedir, Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 22, Pn. 125.

⁸⁹ Werner Jacob Tschudi, **Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR**, Diss., Bern, Buchdruckereri Turbenthal, 1949, s. 17 vd.; Bilgi için ayr. bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 46:

des Français” Fransız Medeni Kanunu’nu örnek verebiliriz⁹⁰. Bahsettiğimiz bu Fransız düzenlemesinin, Napolyon’un genişleme politikası vesilesiyle, yalnızca Fransa’da değil, geçici olarak Almanya’nın büyük bir bölümünde de etkili olduğu belirtilmektedir⁹¹. Yine 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) da, yardımcılardan fiillerinden sorumluluğa ilişkin düzenlemeye sahip diğer eski bir somut mevzuat olarak zikredilebilir⁹².

Fransız Medeni Kanunu’nun bahsi geçen düzenlemesi ve özellikle de 1384. maddesi⁹³ incelendiğinde, maddenin, öncelikle bir kişinin kendi fiillerinden sorumlu olmasının yanında, gözetimi altında bulunan kişilerin vermiş oldukları zararlardan da sorumluluğu düzenlediğini görmekteyiz⁹⁴. Ancak yine madde incelendiğinde, yalnızca genel anlamda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyip genel bir hükümle yetinilmiş olmak yerine, özel düzenlemelerin de madde içerisinde yer aldığını belirtmek gerekir⁹⁵. Dolayısıyla madde, sözleşmesel sorumluluk, sözleşme dışı sorumluluk ayrımı yapmayan, kusurdan bağımsız, kazuistik, bir toplu

“Prusya Devletleri Umumi Kanunu”; Baki Kuru, “1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, 1958, s. 102; “Prusya Umumî Memleket Kanunu”; Renner, **a.g.e.**, s. 32; Delmere, **a.g.e.**, s. 45; Fundel, **a.g.e.**, s. 36.

⁹⁰ Karl Spiro, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1984, s. 45; Koller, **101**, s. 21 vd.; Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 35 vd.; Renner, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Tschudi, **a.g.e.**, s. 18; Fundel, **a.g.e.**, s. 37.

⁹¹ Fundel, **a.g.e.**, s. 37.

⁹² İnc. Fundel, **a.g.e.**, s. 43; ayr. Knütel, **a.g.e.**, s. 342 vd.

⁹³ Bkz: Tripler, **a.g.e.**, s. 7 vd.; Honsell, **Hilfspersonen**, s. 782; Bahsettiğimiz, 1803 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nun 1384. maddesi: “*On est responsable non seulement du dommage que l’on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses qu’on a sous sa garde...*”; Konstanze Brieskorn, **Vertragshaftung und Responsabilité Contractuelle: ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa**, Berlin, Mohr Siebeck, 2009, s. 163.

⁹⁴ Becker, **278 BGB**, s. 44 vd.; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 15; ayr. Andreas Heldrich, **Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze der Ausservertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft**, Frankfurt a.M. und Berlin, Alfred Metzner Verlag, 1961, s. 47 vd.; ayr. inc. Renner, **a.g.e.**, s. 101 vd.; Siegfried Schäfer, “Zur Haftung für ‘Gelegenheitsdelikte’ der Gehilfen”, **Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht**, C. 53, Mohr Siebeck, 1957, s. 422 vd.; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, 2. bs., Kenwyn, Juta & Co, Ltd, 1992, s. 1141.

⁹⁵ Bu haliyle esasen, TBK md. 116, OR art. 101, BGB § 278 anlamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleriyle birebir uyum içerisinde olduğu söylenemez. Tripler, **a.g.e.**, s. 53.

sorumluluk maddesi görünümündedir⁹⁶.

Belirttiğimiz üzere, söz konusu madde, TBK md. 66-116, OR art. 55-101 veya BGB § 831-278 gibi bir ayrıma sahip değildir⁹⁷. Nitekim maddenin devamında, babanın veyahut babanın ölümü halinde ise ananın, beraberinde yaşayan ve henüz reşit olmamış olan çocukların sebebiyet vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumlu oldukları⁹⁸; işveren ve hizmet edenlerin kendilerine iş verdikleri kişilerin fiillerinden sorumlu oldukları⁹⁹; yine gözetimleri altında bulundukları süre içerisinde olmak üzere öğretmenlerin öğrencilerinin fiillerinden sorumlu oldukları¹⁰⁰ ve son olarak da bu cümlelerde sayılan ve sorumlu olacağı belirtilen ana, baba, öğretmen, işveren gibi kişilerin de kısaca zararın doğmasını engellemeye muktedir olmadıklarını ispat etmedikçe bu sorumluluk altında olacakları¹⁰¹ düzenlenmektedir¹⁰².

Yine Fransız Medeni Kanunu'na ilişkin 10 Şubat 2016 tarihli yeni düzenlemelere göre, yukarıdaki 1384. madde, içeriği büyük oranda korunarak 1242. maddede tekrar düzenlenmiştir¹⁰³.

⁹⁶ Fundel, **a.g.e.**, s. 38.

⁹⁷ Fundel, **a.g.e.**, s. 38.

⁹⁸ “Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.”.

⁹⁹ “Les maîtres et commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.”.

¹⁰⁰ “Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.”.

¹⁰¹ “La responsabilité ci-dessus a lieu à moins que les pères et mères, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.”.

¹⁰² Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk çerçevesi başta olmak üzere, Fransız hukukunda, (bu düzenlemelerden de şeklen incelenebileceği üzere) esasen Alman hukukunda olduğu gibi geniş kapsamlı bir sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımı yapıldığından bahsedilemeyeceği de ifade edilmektedir., Schäfer, **Gelegenheitsdelikte**, s. 422 vd.

¹⁰³ Bahsi geçen ve yeni düzenleme içeren madde 1242 için bkz.: “On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından başka bir örnek vermek gerekirse, İtalyan Medeni Kanunu'nun "*Responsabilità per fatto degli ausiliari*" başlıklı madde 1228 hükmünde¹⁰⁴, " tarafların aksine anlaşması bulunmadığı takdirde borçlunun borcunu yerine getirirken kullandığı üçüncü kişilerin kasıtlı ve ihmali davranışlarından dolayı sorumlu olduğunun" düzenlendiğini görmekteyiz¹⁰⁵. Burada maddenin, sorumluluk hükmü olduğu gibi, sorumsuzluk hükmü şeklinde de düşünülmesi mümkündür. Buna göre taraflar, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluklarını, tüm kusur ağırlıklarını kapsayacak şekilde ortadan kaldıracabileceklerdir¹⁰⁶. Hemen ifade etmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin olarak paralel bir düzenlemeye sahiptir¹⁰⁷.

İsviçre Borçlar Kanunu'na kıyasla kronolojik olarak eski bir tarihe sahip olan 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hususunu 1313a¹⁰⁸ paragrafında düzenlemiştir¹⁰⁹. Ayrıntısına girmeden

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance."

¹⁰⁴ "Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro."

¹⁰⁵ Ayr. inc. Heldrich, **a.g.e.**, s. 55 vd.; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 15; Ranieri, **a.g.e.**, s. 806.

¹⁰⁶ Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 1976, s. 76.

¹⁰⁷ Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin incelemeler IV. Bölüm altında yapılacaktır.

¹⁰⁸ "Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes."

belirtmek gerekir ise, Avusturya kanun koyucusunun da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından kanuni temsilcileri madde kapsamına dahil ettiğini¹¹⁰ ve tıpkı Alman düzenlemesinde olduğu gibi, kusur kavramına madde içerisinde yer verdiğini görmekteyiz. Dolayısıyla, Avusturya Medeni Kanunu, bu yapısı itibariyle, Alman Medeni Kanunu ile paralel iken; yürürlükteki İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinden ise farklılıklara sahiptir.

İngiliz-Amerikan hukuku içerisinde ise ortak hukuk doktrini olarak “*respondeat superior*” başlığı altında, işverenin sorumluluğunun ele alındığını kısaca eklemek yerinde olacaktır¹¹¹. Bu kapsamda, sorumluluğun doğması için, zararın bir iş ilişkisi içerisinde ele alınması gerektiği ve borçluların bu sorumluluğa sebebiyet veren kişilerin fiillerinden dolayı kendi fiilleri gibi sorumlu tutulacak şekilde nazara alındıkları ifade edilmektedir¹¹². Yine İngiliz hukukunda¹¹³, bir kişi kendi yararına olmak üzere başka kişileri kullanarak karşı taraf üzerinde bir riziko oluşturduğu durumlarda bunun sonuçlarına katlanmalı ve dolayısıyla da sorumlu olmalıdır denilmektedir¹¹⁴.

Bunların dışında, Avrupa kıtasında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri içeren diğer ulusal kanunlar olarak zikredilen ve karşılaştırmalarda yer bulan düzenlemelerden Portekiz Medeni Kanunu’nun “*Actos dos representantes*

¹⁰⁹ Ayr. Knütel, **a.g.e.**, s. 342 vd.; Ranieri, **a.g.e.**, s. 797.

¹¹⁰ Becker, **278 BGB**, s. 39; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 242.

¹¹¹ Becker, **278 BGB**, s. 50 vd.

¹¹² Becker, **278 BGB**, s. 51.

¹¹³ İnc.: Becker, **278 BGB**, s. 51: “*where the person, on his own profit sets in motion agencies which involve risk to others, he ought to be civilly responsible for the consequences*”.

¹¹⁴ Honsell, **Hilfpersonen**, s. 781; Thomas Pfeiffer, **Soergel Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 1/2**, 13. bs., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 278, Pn. 1; Ancak elbette modern hukuk sistemleri açısından, özellikle incelemeye ve değerlendirmeye aldığımız Alman, İsviçre hukukları ve Türk hukuku bakımından, yardımcı kişi kimin yararına ise onun sorumlu olacağı sonucunun çıkarılamayacağını ve esasen de hemen her örnekte yardımcı kişi kullanılmasının borçlu yanında alacaklının da menfaatine uygun olduğunu ifade etmemiz gerekir; ayr. bkz.: Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 242; Vito Roberto, **Die Haftung des Reiseveranstalters**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s. 93; Aynı yönde bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 3.

legais ou auxiliares” başlıklı 800. maddesinin 1. fıkrasında¹¹⁵, “*Borçlu, alacaklıya karşı, bir borcun ifasında kullandığı kanuni temsilci veya yardımcılarının fiillerinden dolayı, bu fiilleri bizzat asıl borçlu yapmış gibi sorumludur*”, Hollanda Medeni Kanunu’nun genel borç ilişkilerini düzenleyen 6. kitabının 76. maddesinde¹¹⁶ ise, “*Borçlu, bir borcun ifasında yardımcı kişiler kullandığında, bu kişilerin fiillerinden dolayı, tıpkı bu fiilleri kendisi yapmış gibi sorumludur*” ifadeleri düzenlenmektedir¹¹⁷.

Aşağıda, ilgili ve gerekli noktalarda, başta Alman ve İsviçre olmak üzere yukarıda değinmiş olduğumuz ulusal kanun ve doktrinlerin, esasa dair ayrıntılı inceleme ve karşılaştırmaları yapılacağından, şu aşamada karşılaştırma hususuna nokta koymaktayız¹¹⁸. Ayrıca genel olarak da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun ortaya koyduğu hukuki koruma kavramının, bugün Kıta Avrupası’na dahil tüm kodifikasyonlar tarafından tanındığı da belirtilebilir¹¹⁹.

D. Türk Borçlar Hukukunda

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun gelişim süreci bakımından son olarak Türk hukuk sistemimizin incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle 818 sayılı kanun ve 6098 sayılı kanun ele alınacaktır¹²⁰.

¹¹⁵ CCP art. 800/1: “*O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor.*”; Almanca tercümesi için ayr. bkz. Ranieri, **a.g.e.**, s. 806.

¹¹⁶ NBW art. 6:76: “*Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk.*”; Almanca tercümesi için ayr. bkz. Ranieri, **a.g.e.**, s. 806.

¹¹⁷ İnc. Ranieri, **a.g.e.**, s. 806.

¹¹⁸ Bunlar dışında, belirli bir ülkenin ulusal ve yürürlükteki hukukuna tabi olmaktan ziyade, uluslararası hukuk çalışmalarının ortak ürünü olan tasarı ve araştırma metinlerinin incelenmesi ise aşağıda “Bölüm I: I/E: Karşılaştırmalı Hukukta” başlığı altında yapılmaktadır.

¹¹⁹ Ranieri, **a.g.e.**, s. 797.

¹²⁰ Bir dipnot olarak, aşağıda inceleyeceğimiz (ve yeri geldiğinde Mecelle dahil atf yapacağımız) kanunların kronolojik yapısını da özetleyen bir karar için ayr. bkz. Yarg. 21. HD, 23.11.2015 T., 2015/5928 E., 2015/20734 K.: “...Mahkemenin dayanak ve atf yaptığı Mecelle, yeni resmi ve tam adıyla “Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Adli Hükümler Topluluğu) Bir “Mukaddime” (Başlangıç) ve Satım, Kira, Kefalet, Havale, Rehin ve Vedia, Emanet, Hibe, Gasp ve İtlaf, Hacr ve İkrar ve Şufa,

1. 6098 Sayılı Kanun Öncesi

Yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin maddeyi düzenleyen kanunumuz, 22.04.1926 kabul tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu'dur.

Kanun koyucumuz, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan iktibas ettiği yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesini, 818 sayılı kanunun 100. maddesinde *“Bir borcun ifasını veya bir borçdan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.*

Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir.

Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.” şekline getirerek kanuna dahil etmiştir.

Belirtmek gerekir ki 818 sayılı kanunu 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan iktibas eden kanun koyucumuz, iktibas işlemini yaparken kanunun esas resmi dili olan Almancayı değil, resmi çevirisi olan Fransızca'yı esas aldığı

Şirket, Vekalet, Sulh ve İbra, İkrar, Dava, Beyyinat ve Yemin, Yargılama olmak üzere ayrı ayrı düzenlenip yürürlüğe konmuş olan onaltı kitaptan oluşmuştur; toplam 1851 maddedir. Her kitabı hazırlayan heyetin üyeleri ile, "yazarları demek belki daha doğru - Padişah onayı (İrade-i Seniye) tarihleri Kanuna ekli Ek-1 de sunulmuştur. Ord. Prof. Ebul'ula Mardin'in belirttiği gibi "Giriş" bölümündeki Arapça'dan (İbn Nüceym) çeviri 99 ilke hariç, tamamı ülkemiz hukukçularının özgün bir çalışmasıdır. Günümüzün Medeni Kanununun bir bölümü ile Borçlar Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa karşılık gelmektedir. İlk kitabı 20 Nisan 1869, son kitabı (16. Kitap) 16 Eylül 1876 tarihinde kanunlaşmıştır. Alman Medeni Yasası (BGB) ve Medeni Kanunumuz ile Borçlar Kanunumuzun kaynağı İsviçre Medeni ve Borçlar Yasaları (1907- 1911) daha sonradır. Lozan Barış Anlaşması hükmü gereği Yeni Medeni Kanun ile Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesi üzerine 864 sayılı Tatbikat Kanununun 43. maddesi ile 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır." (Cengiz İlhan - Günümüz Türkçesi İle Mecelle - Mecelle-i Ahkam-ı Adliye - Ankara 2014 Sayfa 18)..." (SMİP).

belirtilmektedir¹²¹; ki bunun neticesinde tercümenin tercümesi niteliği kazanan kanunumuzda çeşitli hataların dikkati çektiği ifade edilmektedir¹²². Bunlardan bir tanesi ise doğrudan dikkati çekmektedir. Şöyle ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen madde başlığı kanunda “*Muavin Şahısların Mesuliyeti*” olarak kaleme alınmıştır. Başlık incelendiğinde, yardımcı kişilerin kendi fiillerinden dolayı bizzat kendi sorumluluklarının düzenlendiği izlenimi oluşmaktaysa da, esasen madde yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı esas borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğunu düzenlemektedir¹²³. Kanaatimizce de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen bu maddenin başlığının (Alman¹²⁴-İsviçre¹²⁵ kanunlarında olmayan bir şekilde) yardımcı kişi kullanılması durumunda ortaya çıkan zararlardan dolayı yardımcının, borçlu ve alacaklıya karşı sorumluluklarını düzenler bir ifadesi bulunmaktaydı. Bu sebeple başlık, Roma hukukundan beri ifade bulan, kanunların herkes tarafından anlaşılabilir olması gerektiğine ilişkin bir genel hukuk özdeyişine¹²⁶ de uymamakta idi. Neyse ki, yürürlükteki kanunumuzdaki “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” ifadesi, kimin nelerden dolayı sorumlu olduğuna ilişkin daha özetleyici ve açık bir başlık kullanmaktadır.

Uygulamada önem arz edecek ve yine ilk olarak dikkatimizi çeken bir farklılık ise yardımcı kişilerin sayımına ilişkindir. Metnin hem esas (hükmi etkisi

¹²¹ Bozkurt, **a.g.e.**, s. 196.

¹²² Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 53 vd.; İsviçre Borçlar Kanunu’nun resmi dillerde yazılmış metinleri, karşılaşma yapma noktasında kullanılabilir. Bununla birlikte, çevirilerin yapıldığı resmi diller dışındaki bir dilde inceleme yapılıyor ise, bu dile ait metinlerin hükmi değerinin olmayabileceğini de unutmamak gerekir. Örneğin, İsviçre Borçlar Kanunu’nun çeviri dillerinden birisi olan İngilizce metninde uyarı olarak, “*English is not an official language of the Swiss Confederation. This translation is provided for information purposes only and has no legal force.*” ifadesiyle, kanunun İngilizce çeviri metninin, İngilizcenin resmi bir dil olmaması dolayısıyla, ancak bilgi amaçlı kullanılması gerektiği ve aynı zamanda bu çevirinin hükmi bir değeri olmadığı hatırlatılmaktadır, bkz.: çvr. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201607010000/220.pdf>, szt. 19.10.2017, zira, kanunun İngilizce çevirisi resmi bir çeviri olsa da, İngilizce resmi dil değildir.

¹²³ Şenocak, **Yardımcı**, s. 54; Turgut Uygur, **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, C. III, madde 51 – 108, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 3225.

¹²⁴ “*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte: Borçlunun Üçüncü Kişiler için Mesuliyeti*”.

¹²⁵ “*Haftung für Hilfspersonen: Yardımcı Kişiler için Sorumluluk*”.

¹²⁶ “*Leges ab omnibus intellegi debent!*”, Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen, **Latein für Jurastudierende**, 6. bs., München, C. H. Beck, 2015, s. 14.

olan) diline, hem de çevirisine bakıldığında, “birlikte yaşanan kişiler veya yanında çalışanlar gibi” şeklinde düzenleme yapıldığı ve yardımcı kişilerin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmakta ise de, 818 sayılı kanunda “...kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara...” ifadesi kullanılarak sınırlı sayıda anlamı katılmıştır¹²⁷. Doktrinde de bu hususun hatalı olduğu ve maddenin tercümesinin esasen “*Bir borcun ifasını veya bir borç münasebetinden doğan bir hakkın kullanılmasını kendisi ile birlikte yaşayan şahıslar, işçiler veya müstahdemler gibi bir yardımcı şahsa, caiz surette olsa dahi bırakan kimse, yardımcının işlerinin icrasında başkasına sebebiyet verdiği zararı tazminle mükelleftir.*” şeklinde yapılmış olması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁸.

Ancak aşağıda da belirtileceği üzere, 6098 sayılı kanunda yardımcı kişilerin sorumluluğunun düzenlendiği maddede “...birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara...” ifadesi kullanıldığından, yardımcı kişilerin sınırlı sayıda olmadığı açık bir biçimde anlaşılmaktadır¹²⁹. Dolayısıyla bir önceki kanun dönemine ilişkin bu kavram-yorum karışıklığı 6098 sayılı kanun bakımından sona ermiş durumdadır.

2. 6098 Sayılı Kanun Sonrası

Uzun bir süre sonra, özellikle borçlar hukuku alanında (ve bunun yanında ticaret ve medeni usul hukukları gibi alanlarda) düzenlemeye ihtiyaç duyulması neticesince yapılan kanunlaştırma işlemleri sonucunda, 11.01.2011 kabul tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kabul edilmiş, kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin düzenleme, kanunun 116. maddesinde, “*Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*” başlığı altında “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte*

¹²⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 54; Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2003, s. 545; Uygur, **a.g.e.**, s. 3225.

¹²⁸ Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 436, dn. 7.

¹²⁹ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 7.

yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” şeklinde düzenlenmiştir¹³⁰.

Esasa girmeden göreceğimiz ilk değişiklik, tıpkı kanunun tamamında olduğu üzere, madde metninin günümüz Türkçesiyle ve sade bir biçimde kaleme alındığıdır.

Bunun dışında, yukarıda 818 sayılı kanunun 100. maddesi için söylediklerimizden farklı olarak, kanun koyucunun, madde başlığı ve yardımcı kişilerin sınırlı sayıdaymış gibi zikredilmesi gibi hususları, doktrinde yapılan

¹³⁰ Madde gerekçesi ise “818 sayılı Borçlar Kanununun 100 üncü maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 115 inci maddesinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 100 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan “3. Muavin şahısların mesuliyeti” şeklindeki ibare, Tasarıda “3. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 100 üncü maddesinin son fıkrasında, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklının borçlunun hizmetinde olması veya sorumluluğun, hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir meslek veya sanatın icrasından doğması durumunda, sorumsuzluk anlaşmasıyla, borçlunun yardımcı kişilerin sadece hafif kusurlarından sorumlu olmayacağına kararlaştırılabileceği öngörülmüştür. Tasarının 115 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen yeni hükme göre ise: “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Böylece, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği takdirde, borçlunun, ifa yardımcılarının hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulması yolunun kapatılması amaçlanmıştır. Gerçekten, bu durumda borçlunun değil, alacaklının korunması, menfaatler dengesine de uygun düşer. Bu nedenle, söz konusu hükme aykırı olarak yapılan bir anlaşma, Tasarının 27 nci maddesinin birinci fıkrası anlamında, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

Maddenin son fıkrasında, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklının borçlunun hizmetinde olması durumunda, borçlunun sadece hafif kusuru için geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapabileceği kabul edilmiştir” şeklinde düzenlenmiştir.

eleştiriler¹³¹ doğrultusunda değiştirdiğini de görmekteyiz. Ancak bize göre yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddesinde “...birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi...” ifadesine de gerek yoktur. Hatta ifade etmeliyiz ki günümüzde, Alman, İsviçre, Türk doktrini ve bizim çalışmamızda, bu kanuni örneklerin herhangi bir belirleyici, daraltıcı, genişletici etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mevcut düzenlemede örnekleme sonuna “gibi” ifadesinin eklenmesi pozitif bir gelişme olsa da, bu bahsettiğimiz örnekleme ifadesinin tümünden çıkarılmış olması daha uygun olurdu düşüncesindeyiz. Zira yine Roma hukukundan beri ifade bulan hukuk özdeyişlerinden bir tanesine göre de, kanunun kısa olanı makbuldür ve bu şekilde daha iyi anlaşılıp uygulanabileceklerdir¹³². İfademizi destekler yönde İsviçre yeni kanun tasarısı incelendiğinde de, bu sayma yoluyla örnekleme terk edildiği görülmektedir¹³³. Benzer şekilde Alman kanun koyucusunun da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünde böyle bir örneklemede bulunmadığını belirtmek gerekir¹³⁴. Dolayısıyla bahsettiğimiz hususun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kapsamını daraltmak, genişletmek ve belirlemekten uzak etkisiz bir tekrardan ibaret olduğunu söylemeliyiz¹³⁵. Aynı hususu, “kanuna uygun surette bırakmış olsa bile” ifadesi için de ifade etmek gerekir. Zira, bu ifadenin çıkarılması halinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun teorik veya pratik uygulanmasında esaslı bir değişiklik olmayacaktır. Öyle ki, buna benzer bir ifadenin de, Alman Medeni Kanunu’nda veya İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında (ve hatta, mevcut OR art. 101 hariç, incelediğimiz diğer ulusal ve uluslararası düzenlemelerde de) bulunmadığını görmekteyiz.

Diğer taraftan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin eski 100. maddenin, yeni maddeye göre daha uygun olduğunu düşündüğümüz bir noktasını da

¹³¹ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 54.

¹³² “*Leges breves esse oportet, (quo facilius teneantur)*”, Adomeit/Hähnchen, **a.g.e.**, s. 14.

¹³³ Bkz. Tasarı OR art. 119.

¹³⁴ Bkz. BGB § 278.

¹³⁵ Ayr. YİBK, 22.01.1988 T., 1986/5 E., 1988/1 K.: “...Roma hukukundan beri bilinen bir özdeyişe göre, yasa koyucu gereksiz söz söylemez, ayrıntıyla uğraşmaz (*minima non curat prastor*)...” (KİB).

atlamamak gerekir. Öyle ki, 818 sayılı kanunu düzenleyen kanun koyucu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak kişiyi ifade ederken, tıpkı Avusturya Medeni Kanunu ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi “Kimse” kelimesini kullanmıştır¹³⁶. 6098 sayılı kanunu düzenleyen kanun koyucu ise aynı kişiden bahsederken, tıpkı Alman Medeni Kanunu, eski İsviçre Borçlar Kanunu ve Tasarı İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi “Borçlu” kelimesini kullanmıştır¹³⁷. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının, çalışmamızda gösterdiğimiz, uygulama alanı düşünüldüğünde¹³⁸, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak kişinin, “Borçlu” şeklinde tanımlanması yerine, “Kimse veya Kişi” olarak tanımlanmasının çok daha kapsayıcı ve yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Aşağıda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusuna ilişkin yapacağımız incelemelerde, yürürlükteki 116. maddeyi dikkate alacağız. Bunun yanında, gerekli görülen hallerde eski 100. madde ile yürürlükteki ve taslak halindeki İsviçre mevzuatını da inceleyeceğiz.

E. Karşılaştırmalı Hukukta

Yukarıda ele aldığımız, somut kanun ve hükümler dışında, kısaca ele alınmasında fayda olan bir diğer husus ise, karşılaştırmalı hukuk ve özellikle Avrupa hukukunun uyumlaştırılması¹³⁹ çalışmaları bakımından, yardımcı kişilerin

¹³⁶ Bkz. BK md. 100, OR art. 101, ABGB § 1313a.

¹³⁷ Bkz. TBK md. 116, BGB § 278, eski OR art. 115, Ts. OR art. 119; aynı şekilde bkz. CCI art. 1228, CCP art. 800, NBW art. 6:76.

¹³⁸ Özellikle, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, gerek sözleşmeden (hatta sözleşmenin henüz kurulmadığı veya sona erdiği durumları da eklemek gerekir), gerek haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya kanunun öngördüğü diğer durumlardan doğsun, herhangi bir borç ilişkisi içerisinde uygulama alanı bulacağı düşünüldüğünde. Ayrıca, sözleşme bulunduğu bir durumda, sözleşmenin türünün, niteliğinin de herhangi bir önemi olmadığını da ifade etmek gerekir.

¹³⁹ Terminolojik olarak ayr. bkz. Zehra Özkan, “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 1, 2017, s. 159 vd.; yine bkz. Ergun Özsunay, “Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 276; ayr. Hukukun Birleştirilmesi (*unification of laws - Rechtsvereinheitlichung*) olarak bkz. Arzu Oğuz, “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 1, 2000, s. 31, 35.

fiillerinden sorumluluktur¹⁴⁰.

Ayrıntılı incelemesine girilmemekle birlikte, bir cetvel üzerinden özetlemek gerekir ise;

- Avrupa’da 11. yy. ve 18. yy. arasında, *ius commune* olarak ifade edilen ve ikincil niteliğe haiz olsa dahi, ortak hukuk kavramını ortaya koyan bir yapı bulunmakta idi¹⁴¹.

- Daha sonrasında, 1798 Fransız Devrimi ile gelen, ulus devlet ve buna bağlı olarak da ulusal kanunlar kavramının önem kazanması söz konusudur¹⁴².

- İlerleyen dönemde, 1900 yılındaki Paris’teki kongrenin yapılması ve özellikle de Avrupa Birliği kurumunun oluşturulması ile¹⁴³, uyumlaştırma faaliyetleri hız kazanmıştır. Kronolojik süreç, yapılan çalışmaların çıkış noktaları, aktörleri vs. elbette çok daha ayrıntı ele alınabilir¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Kısaca ifade etmek gerekir ise, dünya üzerinde ve özellikle bizi yakından ilgilendiren anlamda Avrupa içerisindeki hukuk düzenlemeleri, yalnızca ulusal mevzuat hükümleriyle sınırlı değildir. Birçok uluslararası anlaşma, ülkeleri hukuki anlamda bir araya getirebilmektedir. Bunların dışında bir kısım çalışmalar ise, hukukun uyumlaştırılması ve ortak bir hukuk düzeni kurulmasına zemin hazırlamayı amaçlamaktadır, ki bu başlık altında bu çalışmalara değineceğiz.

İfade ettiğimiz bu amaçlar doğrultusunda, Avrupa içerisinde yapılmış çok sayıda uyumlaştırma maksatlı çalışmalar bulunmaktadır. Esasen bu çalışmaların, karşılaştırmalı hukuk bilimi kavramının da öncüsü olduğu kabul edilen, 1900 yılında Paris’te gerçekleştirilmiş (International Congress of Comparative Law) “Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi” ile ilk çıkış noktasını elde ettiği belirtilmektedir, bkz. Zimmermann, **Avrupa**, s. 589; Özkan, **a.g.e.**, s. 162; Oğuz, **a.g.e.**, s. 31; Eylem Apaydın, “Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 202; Düşünüldüğünde, bu tarih üzerinden iki büyük Dünya savaşı geçmiş olmasına rağmen, özellikle Avrupa kıtası için uyumlaştırma çalışmalarının, güncel olarak da büyük bir önem taşıdığı görülecektir.

¹⁴¹ Jürgen Basedow, “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, Çev. Arzu Oğuz, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, 2003, s. 2; Oğuz, **Sözleşmeler**, s. 44; Özkan, **a.g.e.**, s. 161; Apaydın, **a.g.e.**, s. 216.

¹⁴² Basedow, **Avrupa**, s. 2; Özkan, **a.g.e.**, s. 161 vd.

¹⁴³ Özkan, **a.g.e.**, s. 162 vd; Jürgen Basedow, “Karşılaştırmalı Hukuk Ve Kullanıcıları”, Çev. Gökçe Kurtulan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 887.

¹⁴⁴ Çeşitli alanlarda ortak hukuki düzenlemelerin bulunması ise kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıktığından, fikri mülkiyet, uluslararası ticaret, denizcilik gibi alanlarda ise uluslararası örgütler kurulmuştur, inc. Basedow, **Avrupa**, s. 7; Yukarıda ele aldığımız, UNIDROIT,

Belirtmek gerekir ise, karşılaştırmalı hukuk, hukukun uyumlaştırılması yanında, ulusal hukukların anlaşılması ve hatta uygulanması bakımından da önemli bir role sahiptir¹⁴⁵. Öyle ki, başka uluslara ait kanunların, başka uluslar tarafından benimsenerek kullanılması bir yana, yargı kararlarında dahi, kaynak kanuna sahip ülke doktrinine atıflar yapılması durumunu, buna örnek gösterebiliriz¹⁴⁶. Somut anlamda ele aldığımız Avrupa ortak hukuk çalışmalarından en önemlileri ise, PECL olarak ifade edilen “*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*”, PETL¹⁴⁷ olarak ifade edilen “*Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri*”, DCFR olarak ifade edilen “*Ortak Referans Çerçevesi Taslağı*”¹⁴⁸, CESL¹⁴⁹ olarak ifade edilen “*Avrupa Ortak Satım Hukuku*”¹⁵⁰, ACQP olarak ifade edilen “*Aquais Prensipleri*” ve UNIDROIT-PICC olarak ifade edilen “*UNIDROIT Ticari Sözleşmeler Uluslararası İlkeleri*”dir¹⁵¹. Konumuz bakımından bu çalışmalara değinilecek olmakla birlikte, Avrupa bünyesindeki hukuk uyumlaştırma çalışmalarının bunlarla sınırlı olduğunu söylemek mümkün değildir. PEFL¹⁵² olarak ifade edilen “*Avrupa Aile Hukuku İlkeleri*”, CISG olarak ifade edilen “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*” ve Avrupa Birliği tüzük ve direktifleri¹⁵³ başta olmak üzere birçok etkenin mevcut olduğunu söylemek gerekir.

Yukarıda ifade ettiğimiz bu çalışma metnlerinin, konumuz anlamında, pozitif

UNCITRAL gibi kuruluşlar yanında, WIPO olarak ifade edilen “*Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü*”, ILO olarak ifade edilen “*Uluslararası Çalışma Örgütü*”, IMO olarak ifade edilen “*Uluslararası Denizcilik Örgütü*”, ICAO olarak ifade edilen “*Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü*”, WTO olarak ifade edilen “*Dünya Ticaret Örgütü*” gibi örgütlenmeleri de zikredebiliriz, inc. Basedow, *Avrupa*, s. 7; Özkan, *a.g.e.*, s. 163; Basedow, *Karşılaştırmalı*, s. 907.

¹⁴⁵ Bkz. Özsunay, *a.g.e.*, s. 261.

¹⁴⁶ Örn.: Yarg. 10. HD, 07.04.2016 T., 2014/27900 E., 2016/5023 K., Yarg. 11. HD, 27.11.1979 T., 1979/5075 E., 1979/5456 K.

¹⁴⁷ Çalışma (PETL) için ayr. bkz. Özkan, *a.g.e.*, s. 187 vd.

¹⁴⁸ “*Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*”.

¹⁴⁹ “*Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council On A Common European Sales Law*”.

¹⁵⁰ İnc. Apaydın, *a.g.e.*, s. 258 vd.

¹⁵¹ Bkz. Müller-Chen, *a.g.e.*, s. 354.

¹⁵² Çalışma (PEFL) için ayr. bkz. Özkan, *a.g.e.*, s. 188 vd.

¹⁵³ İnc. Özkan, *a.g.e.*, s. 173 vd.

olmasa da potansiyel kaynaklar olarak kısaca incelenmeye değer olduğunu düşünmekteyiz. Öyle ki, UNCITRAL “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu” tarafından yapılan çalışmalar sonucu hazırlanan ve birçok ülke tarafından da kabul edilmiş bulunan CISG, bu konuda en önemli örneklerden biridir¹⁵⁴. CISG örneğinin, uluslararası hukukun uyumlaştırılmasının en başarılı örneği olduğu, taraf olan ve iç hukukuna aktaran ülke sayısının çokluğu, üzerine yapılan akademik çalışmaları niceliği ve mahkeme-tahkim kararlarında yer alışı ile ifade edilmektedir¹⁵⁵. CISG’in uluslararası bir metin olarak bağlayıcılık kazanması bir kenara, Finlandiya, İsveç, Norveç ve hatta Alman kanunlarının revize edilmesinde, yani ulusal boyutta dahi etkili olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁶. Ancak, Türkiye’nin de bu sözleşmenin tarafı olmasına ve 2012 yılında yeni genel kanunların yürürlüğe girmesine rağmen, CISG’den etkilenme bakımından, aynı şeylerin Türk Borçlar Kanunu için söylenemeyeceği de belirtilmektedir¹⁵⁷.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu özelinde, yukarıda ele aldığımız metinlere baktığımızda, çeşitli düzenlemelerin yer aldığı görülecektir. İlk olarak, “Üçüncü Kişi Tarafından İfa” başlıklı CESL art. 92(2)’de, *ifayı başka bir kimseye bırakan satıcının, ifadan sorumluluğunun devam edeceği*, ifade edilmektedir¹⁵⁸. “Üçüncü Kişi Tarafından Ödeme” başlıklı CESL art. 127(1)’de ise, *alıcının ödemeyi başka bir kişiye bırakabileceği; ödemeyi başkasına bırakan alıcının, ödemedenden sorumlu sorumluluğunun devam edeceği* düzenlenmiştir¹⁵⁹. Servis sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin, “Üçüncü Kişi Tarafından İfa” başlıklı CESL art. 150(2)’de ise, *ifayı bir başkasına bırakan servis sağlayıcısı, ifadan sorumlu olmaya devam eder*, ifadesi bulunmaktadır¹⁶⁰. CESL’de düzenlenen bu

¹⁵⁴ Özkan, **a.g.e.**, s. 164; Apaydın, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁵⁵ Apaydın, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁵⁶ Apaydın, **a.g.e.**, s. 228.

¹⁵⁷ Apaydın, **a.g.e.**, s. 228.

¹⁵⁸ “A seller who entrusts performance to another person remains responsible for performance.”.

¹⁵⁹ “A buyer may entrust payment to another person. A buyer who entrusts payment to another person remains responsible for payment.”.

¹⁶⁰ “A service provider who entrusts performance to another person remains responsible for

hükümlere baktığımızda, satım hukuku çerçevesinde, satıcının ve alıcının, borçlarının ifasını başka kişilere bırakmaları halinde, ifadan sorumluluklarının devam ettiği düzenlenmektedir. Burada dikkat edilir ise, bu kişilerin fiillerinden değil, ifadan sorumluluğun devam edeceği düzenlenmektedir.

Yine, “Başkasına Bırakılmış İfa” başlıklı DCFR¹⁶¹ art. III. -2:106’da ise, *bir borcun ifasını başka bir kişiye bırakan borçlu, ifadan sorumlu kalmaya devam eder*, ifadesi bulunmaktadır¹⁶². Tıpkı yukarıdaki DCFR art. III. -2:106’da olduğu gibi, “Başkasına Bırakılmış İfa” başlığını taşıyan PECL¹⁶³ art. 8:107’de ise, *sözleşmenin ifasını başka bir kişiye bırakan taraf, ifadan sorumlu olmaya devam eder*, ifadesi düzenlenmiştir¹⁶⁴. Görülmektedir ki, yukarıda DCFR hükmü borçlunun, PECL hükmü ise sözleşme tarafının, ifayı kendisine bıraktıkları üçüncü kişilerden sorumlu olduklarını düzenlemiştir. Ancak bu hükümlerde de, (en azından lafzi olarak incelendiğinde) üçüncü kişilerin fiillerinden değil, ifadan sorumlu olduğu zikredilmiştir.

ACQP art. 8:401(2)’deki, *borçlunun veya borcun ifasına borçlu tarafından dahil edilmiş herhangi kişilerin kontrol alanı dışındaki durumlara dayanması halinde, gerekli tüm önlemler alınmış olsaydı dahi bu durumlardan doğan sonuçlardan kaçınılamayacak olması şartıyla, borcun ifa edilmemesinin mazur görüleceği*, düzenlemesi de¹⁶⁵, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve özellikle İsviçre Borçlar Kanunu tasarısı md. 119 ile ilintili olarak zikredilmektedir¹⁶⁶. Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesi ile ilintili olduğu nazara

performance.”.

¹⁶¹ Çalışma (DCFR) için ayr. bkz. Özkan, **a.g.e.**, s. 182 vd.; Apaydın, **a.g.e.**, s. 255 vd.

¹⁶² “A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance.”; bkz. Ranieri, **a.g.e.**, s. 806.

¹⁶³ Çalışma (PECL) için ayr. bkz. Özkan, **a.g.e.**, s. 186 vd.; Oğuz, **a.g.e.**, s. 52 vd.

¹⁶⁴ “A party who entrusts performance of the contract to another person remains responsible for performance.”; bkz. Ranieri, **a.g.e.**, s. 806.

¹⁶⁵ “Non-performance is excused if it is due to circumstances beyond the control of the debtor and of any persons engaged by the debtor for performing this obligation, provided that the consequences of those circumstances could not have been avoided even if all due care had been exercised.”.

¹⁶⁶ Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 354.

alınan bu madde incelendiğinde de, tıpkı yukarıda değindiğimiz maddelerde olduğu gibi, ifadan sorumlu olunmasına dair bir hükmün kaleme alındığı görülmektedir.

“Üçüncü Kişinin İfası” başlıklı UNIDROIT Principles¹⁶⁷ art. 9.2.6’daki *borcun ifasında, ifa eden kişinin karakteri esaslı-gerekli olmadığı sürece, borçlunun, alacaklının rızası bulunmasa da, borcun ifasını bir başkasına bırakabileceği; alacaklının doğrudan borçluya karşı talep-dava hakkının saklı olduğu*’nun, kaleme alındığı düzenleme de¹⁶⁸, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında örnek gösterilmektedir¹⁶⁹.

Kanaatimizce, yukarıdaki hükümler incelendiğinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği ve çalışmamızda da ele almış olduğumuz pozitif hükümlere nazaran, son derece genel ifadelerle ele alınmış hükümlerin ortaya konulduğunu söylemek gerekir. Öyle ki, bahsi geçen çalışmalardaki metinlere bakıldığında, (ikinci bölümde inceleyecek olduğumuz) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarının ayrıntılı olarak ele alınması güçtür. Bu durumun, ortak hukuk kuralları koymayı amaçlayan bu tarz çalışmaların, mahkemeler tarafından doldurulması gereken boşluklara sahip olduğu yönündeki değerlendirmeye¹⁷⁰ paralel olduğu da söylenebilir.

Ancak, farklı çalışmalara ait bu metinlerin, sade ve benzer hükümlere sahip olduklarını da ifade edebiliriz. Bu nedenle, bahsi geçen çalışmalardaki metinlerin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tam anlamıyla ele alınması bakımından yeterli olmasalar da, “*hukukun genel ilkelerinin somutlaştırılması*”¹⁷¹ noktasında bir bütünlük sağladıklarını söylemek mümkündür.

¹⁶⁷ Çalışma (UNIDROIT Principles) için ayr. bkz. Oğuz, **a.g.e.**, s. 56 vd.

¹⁶⁸ “*Without the obligee’s consent, the obligor may contract with another person that this person will perform the obligation in place of the obligor, unless the obligation in the circumstances has an essentially personal character.*

The obligee retains its claim against the obligor.”.

¹⁶⁹ Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 354.

¹⁷⁰ Basedow, **Karşılaştırmalı**, s. 910.

¹⁷¹ “*Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze*”, Özsunay, **a.g.e.**, s. 277.

II. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk Kurumunun Düzenlenme İhtiyacı ve Temelleri

Her yasal düzenlemede olduğu üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun ortaya çıkmasında da rol oynayan gereksinimler mevcuttur. Bu gereksinimlerin bir kısmı, doğrudan toplumsal yaşam ve iş ilişkilerine dayandırılabilirken, bir kısmı da hukuki sorumluluk sistemlerinin kendi içindeki düzenleme ihtiyaçlarından kaynaklanmaktadır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlenmesinin de birçok hukuki ve pratik sebepleri mevcuttur. Bu sebepleri aşağıda sıralamaya çalışacağız.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yeni hukuki düzenleme ihtiyaçlarının ortaya çıkması bakımından, toplumsal yapı ve ekonomik yaşam büyük rol oynayacaktır. Şöyle ki, endüstri devrimi ile birlikte üretim şekillerinin değişmesi ve bu nedenle daha fazla kişinin üretim sürecine katılması, iş yerlerinin, fabrikaların ve buna benzer yerlerin hem sayısının hem de iş hacimlerinin artması gibi nedenlerle, çalıştırılan işçi sayısı ve çeşitliliğinin artması, yardımcı kişi kullanımının ve bu yardımcılardan fiillerinden doğacak sorumluluğun önemini artıran en temel faktörlerden birkaçı olmuştur¹⁷². Bize göre de iş bölümü, uzmanlaşma, talebin artması vs. her ne neden olursa olsun, günümüzde bir borcun doğrudan borçlu tarafından ifası neredeyse istisna ve yardımcı kişilerin kullanılması ise neredeyse kural halini almıştır¹⁷³.

İlerleyen zaman ve özellikle teknolojik değişim ve gelişimler, toplumsal, teknik ve elbette nihai olarak da hukuksal yenilikleri ihtiyaç haline getirebilmekte, hatta bazen zorunlu kılabilir. Öyle ki, örneğin, ne satılanın ayıplı olması, ne yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunması gibi hukuksal, ne de hırsızlık, dolandırıcılık gibi cezai kavramlar, yalnızca salt eski örneklerle yetinmek suretiyle açıklanamayabilecektir. Belki an itibarıyla olmasa da, yakın bir gelecekte, yapay zekaya sahip otonom yapıdaki robotların yardımcı kişi olarak kullanılmaları söz

¹⁷² Şenocak, **Yardımcı**, s. 10.

¹⁷³ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 1; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. III, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 304; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 2.

konusudur¹⁷⁴. Dolayısıyla, bu gibi değişmelere paralel olarak, yeni ihtiyaçların ortaya çıkması ve buna bağlı olarak da hukuki düzenlemelerin yapılması kaçınılmaz olacaktır.

Uygulama alanının genişliğini kısaca göstermek gerekirse, insanlar günlük yaşamlarında hangi sözleşmeleri yapıyor olurlarsa olsunlar ve hatta hangi borç ilişkisi içerisinde olursa olsunlar, yardımcı kullanılan her olayda, yardımcı ister bir hakkı kullansın, isterse de bir borcu ifa etsin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk potansiyel olarak bulunacaktır. Öyle ki, genellikle bir borç ilişkisinde, yalnızca borç ilişkisinin tarafı olan borçlu değil, aynı zamanda “yardımcı kişi” olarak nitelendirdiğimiz kişiler de tıpkı borçlu gibi aktif konumda bulunacaklardır¹⁷⁵. Hatta (üçüncü bölümde inceleyeceğimiz üzere¹⁷⁶) bazı durumlarda bir sözleşme, klasik anlamda bir borç ilişkisi bulunmayan hallerde dahi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gitme imkanı ortaya çıkabilmektedir. Tüm bunların yanında, eşya hukuku, miras hukuku, aile hukuku gibi Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş olan bazı alanlarda dahi (kıyasen veya doğrudan) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması¹⁷⁷, hem İsviçre hem de Türk doktrini tarafından kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Diğer taraftan, alacaklı yönünden duruma bakacak olursak, alacaklıyı ekonomik bakımdan daha güçsüz bir durumda olan ve kendisiyle arasında sözleşme ilişkisi dahi bulunmayan yardımcı kişi ile hesaplaşmaya mecbur tutmak, alacaklı nazarından pek hoş görülmeyecektir. Dolayısıyla, alacaklının zarar karşısındaki talep ve haklarını ekonomik olarak (çoğu zaman) daha güçlü olan borçluya karşı

¹⁷⁴ Bahsi geçen hususlara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. a.ş., B. II: I/C/2/e.

¹⁷⁵ Thomas Grieder, “Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung”, **Zürcher Studien zum Privatrecht**, C. 177, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2002, s. 85.

¹⁷⁶ Bkz. B. III: IV/B.

¹⁷⁷ Ayr. inc. B. III: IV/C.

¹⁷⁸ Bkz. Stefan Grundmann, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldrecht Allgemeiner Teil**, C. 2, München, C. H. Beck, 2016, § 278, Pn. 18; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, **Das Obligationenrecht**, C. 1, 2. bs., Zürich, Schulthess & Co, 1929, Art. 101, Pn. 4.

kullanması, onun için daha elverişli olacaktır. Örneğin, bir eve boya işi için gönderilen kişinin çok değerli biri çini vazoyu kırması durumunda, elbette vazoyu kıran, haksız fiili neticesinde zarardan doğrudan ve bizzat sorumlu olacaktır¹⁷⁹. Ancak böyle bir durumda, ki bu tarz bir olayın yaşanması hiç de istisna bir durum değildir, doğrudan haksız fiil faili olan kişinin tazmin gücü, çoğu zaman onu istihdam eden, kullanan kişiye oranla çok sınırlı kalacağından, yardımcı kişinin fiilinden dolayı zararlar doğan bu gibi hallerde, alacaklının doğrudan ekonomik olarak güçlü olan borçluya gitmesi, şüphesiz daha elverişlidir¹⁸⁰. Hatta ifade etmek gerekir ki, çoğu zaman alacaklı, sözleşmeyi borçlu ile yaptığından, yardımcı kişinin kim olduğunu dahi bilemeyecektir¹⁸¹. Kısacası bir borç ilişkisinde, borçlunun borcu ifa ederken yardımcı kişilere başvurusu, alacaklı bakımından özel riskler doğurabilecek niteliktedir¹⁸².

Bir sözleşmenin ifasında yardımcı kişi kullanılmasının, yardımcı kişinin borçludan farklı olarak çoğunlukla uzman niteliğine sahip olacağı gibi nedenlerle, alacaklının lehine olduğu görüntüsü oluşsa da, bize göre esas fayda borçlu nezdinde doğmaktadır¹⁸³. Bu sebeple çalışmamızda, alacaklının borçlu karşısında daha fazla korunması görüşü üzerinde bir yol izlediğimiz görülecektir. Zaten yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin genel hükmün (TBK md. 116) yapısı da buna yöneltecektir.

Bunların dışında, alacaklının yardımcı şahsı denetleme imkanının da çoğu olayda mümkün olmayabileceğini hatırlamak gerekir¹⁸⁴. Alacaklının, böyle bir borç ilişkisinde, borçlunun kullandığı yardımcı kişileri seçerken, talimat verirken, denetlerken gerekli titizliği gösterip göstermediğini denetlemesi son derece güç veya

¹⁷⁹ Andreas Wien, **Bürgerliches Recht: Eine Praxisorientierte Einführung**, Wiesbaden, Gabler Verlag - Springer Fachmedien, 2012, s. 116.

¹⁸⁰ Wien, **a.g.e.**, s. 116 vd.

¹⁸¹ Honsell, **Hilfpersonen**, s. 781.

¹⁸² Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 52; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 3.

¹⁸³ Bkz. Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 52; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 3.

¹⁸⁴ Şenocak, **Yardımcı**, s. 7; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 3.

imkansız olacaktır¹⁸⁵. Bu nedenle de, yardımcı kişinin zarar verici eylemleri neticesinde doğrudan borçlunun sorumlu tutulması ihtiyacı ve düşüncesi yerinde olmaktadır.

Ayrıca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak, borç ilişkisi içerisinde doğan zararları kapsamına alan bu tarz bir düzenleme, aşağıda detaylı olarak da belirtileceği üzere¹⁸⁶, özellikle ispat hususu bakımından alacaklının lehine olacaktır. Zira kural olarak (ZGB art. 8¹⁸⁷) TMK md. 6¹⁸⁸ gereğince, herkes iddiasını ispatla mükellef¹⁸⁹ olsa da, sözleşmesel sorumlulukta kusurun ispatı bakımından bu kuraldan ayrılmaktadır¹⁹⁰. Kaldı ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kusur bakımından ayrı değerlendirme yapıldığına ve farazi kusurdan bahsedildiğine aşağıda değineceğiz¹⁹¹.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile ilgili henüz esasa ilişkin detaylı bir inceleme yapmamış olmakla birlikte ifade etmeliyiz ki, yardımcı kişinin ifa faaliyetine katıldığı ihtimallerde, haksız fiil değil, yalnızca sözleşmenin ihlal edilmesi durumu ortaya çıkmış ise bu takdirde tabiidir ki sözleşmeyi ihlal eden taraf olarak borçlunun sorumluluğuna gidilecektir¹⁹². Bu itibar ile, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun gerçekleştiği durumlarda, aynı zamanda borçlunun da doğrudan sorumluluğunu teşkil edecek kusurunun mevcut olabileceğini, dolayısıyla da alacaklının hem TBK md. 112, hem de TBK md. 116'ya gidebilmesi imkanının bulunabileceğini hatırlatmak gerekir. Aynı şekilde, haksız fiil sorumluluğu ile borca

¹⁸⁵ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 52.

¹⁸⁶ Inc. B. II: I/C/3/e.

¹⁸⁷ “Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.”.

¹⁸⁸ “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”.

¹⁸⁹ “*Probatio incumbit ei, qui dicit*”, Detlef Liebs, **Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter**, 6. bs., München, Verlag C. H. Beck, 1998, s. 179; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2006, Pn. 22.28; Schermaier, **a.g.e.**, §§ 276-278, Pn. 66.

¹⁹⁰ Şenocak, **Yardımcı**, s. 6; ayr. bkz. Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 22.30.

¹⁹¹ Inc. B. II: I/E.

¹⁹² Şenocak, **Yardımcı**, s. 8.

aykırılık nedeni ile sorumluluk aynı somut olay içerisinde değerlendirilebilecektir; ki bu gibi birlikte değerlendirilmeye müsait olan hususlar çalışmamız içerisinde ele alınmaktadır.

Görüleceği üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun dayanak noktalarına ilişkin birçok farklı görüş ortaya konulmuştur. Bu sebeple, aşağıda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun gerekliliğine ilişkin olarak, bahsettiğimiz bu farklı yaklaşımlar incelenecektir.

III. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğun Hukuksal Dayanağı ve Gerekliliğine İlişkin Görüşler

A. Genel Olarak

Doktrinde genel olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun hukuksal dayanaklarına ilişkin birden çok görüş bulunmaktadır¹⁹³. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun gerekliliğine, haklılığına ilişkin doktrinin temellerini teşkil eden görüşlerin çoğunluğu Alman hukuku kaynaklıdır¹⁹⁴. Bu görüşler, aşağıda incelenerek karşılaştırılacak ve değerlendirilecektir.

B. Görüşlerin Karşılaştırılması

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulmayı haklı kılacak nedenler, diğer bir ifade ile hukuksal temeller değişik esaslara bağlanmaktadır.

İnceleyeceğimiz ilk görüş, doktrinde bire bir aynı isimle zikredilmese de,

¹⁹³ Bkz.: Joachim Gernhuber, **Die Erfüllung und Ihre Surrogate**, 2. bs., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, s. 444 vd.

¹⁹⁴ İnc. Tschudi, **a.g.e.**, s. 22 vd.; Ancak elbette, gerek yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin pozitif düzenlemelerdeki farklılıklar, gerekse de diğer hükümlerdeki farklılıklardan dolayı, pozitif hükümler kapsamında değerlendirme yapıldığında, İsviçre hukukunu temel aldığımızı, ancak karşılaştırma anlamında Alman hukukuna dair hükümlerin de incelendiğini belirtmek isteriz.

Fransız ve Alman literatüründe sıklıkla “*Garanti* ya da *Garanti Sorumluluğu*”¹⁹⁵ olarak ifade bulan ve bizim de “*Garanti görüşü*” olarak zikredeceğimiz görüştür¹⁹⁶. Bahsi geçen bu görüşe göre¹⁹⁷, borcun ifası esnasında iş bölümü ve yardımcı kişi kullanma imkanını elinde bulundurma hakkı olan bu kişiler¹⁹⁸, yardımcı kişi kullandıkları durumlarda, kullandıkları bu kişilerin verdikleri zararlardan da sorumlu olmalıdırlar¹⁹⁹ ve buradaki sorumluluk bir garanti sorumluluğudur denilmektedir²⁰⁰. Buna göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, borçlunun şahsi kusurunun bulunup bulunmadığının bir önemi bulunmamaktadır²⁰¹. Dolayısıyla yardımcı kişi kullanan borçlu, bu kişilerin fiillerinden dolayı, sanki kendi fiilleriymiş gibi sorumlu olacaktır²⁰² ve bu sebeple, yardımcı kişi kullanmanın ortaya çıkardığı rizikoları da üstlenmek durumundadır²⁰³. Özetle, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan edimi gereği gibi yerine getirileceğine ilişkin taahhüdü yanında, yardımcı kişinin de edimi olması gerektiği

¹⁹⁵ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 59; keza “*garanti taahhüdü - garantieübernahme*” olarak, Fundel, **a.g.e.**, s. 63 vd.

¹⁹⁶ Paul Dreher, **Die Höchststrichterliche Rechtsprechung zu § 278 BGB**, Diss., Kempten Allgäu, 1986, s. 2 vd.; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 3; Delmere, **a.g.e.**, s. 84; Gert Brüggemeier, “Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 182, 1982, s. 418; Terminoloji için ayr. bkz.: Gernhuber, **Erfüllung**, s. 446: “*Garantiehaftung*”.

¹⁹⁷ Alpmann, **a.g.e.**, § 278, Pn. 1; Rudolf Leonhard, “Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften?”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, C. 1, 2. Abt., Berlin, Commission Verlag von J. Guttentag, 1884, s. 341; Ernst von Caemmerer, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, **Festschrift für Fritz Hauß: zum 70. Geburtstag**, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1978, s. 34; Hans-Joachim Musielak, **Grundkurs BGB**, 12. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2011, Pn. 853.

¹⁹⁸ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 1; Bu kişiler, ifa yardımcısı kullanan borçlular veya kullanma yardımcısı kullanan alacaklılar olabilir. Bu kavramlar ile ilgili ayrıntılı inceleme ise aşağıda “B. II: I/C/3/d: İfa Yardımcısı - Kullanma Yardımcısı” başlığı altında yapılacaktır; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 392, Pn. 656.

¹⁹⁹ Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 392, Pn. 656; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 1.

²⁰⁰ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 34; örneğin, BGB § 278 hükmünün, kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğunu kaleme aldığı da ifade edilebilmektedir., Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 1.

²⁰¹ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 34; ayr. bkz. Wilhelm Schöenberger/Peter Jäggi, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht**, C. VIa, 2. bs., Zürich, Schulthess & CO AG, 1968, s. 165, Pn. 52.

²⁰² Hamdi Tamer İnal, **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 597.

²⁰³ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 34; ayr. Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 297; Honsell, **Hilfpersonen**, s. 781.

şekilde yerine getireceğine ilişkin bir garanti verdiği düşüncesine dayanmaktadır²⁰⁴.

Görüş, açık ve basit bir temele dayanmaktadır. Bu temel ise, sözleşme yapılırken edimi garanti eden borçlunun, eğer yardımcı kişi kullanacak ise onun kapasitesini, uzmanlığını, işe uygunluğunu ve ifayı gereği gibi yerine getireceğini de garanti altına aldığı kabul edilmesidir²⁰⁵. Bu görüş kapsamında örneğin, bir hastane ile hasta arasında yapılan bir tedaviye ilişkin sözleşmede (önceden adı veya ifade kullanılıp kullanılmayacağı dahi belli olmayan) bir hemşirenin ifa sırasındaki eylemlerinden dolayı hastane, garanti vermiş gibi değerlendirilmektedir. Öyle ki, bir doktor²⁰⁶, avukat²⁰⁷, mühendis, işçi veya taksi maliki (iş ile ilgili) bir sözleşme ilişkisi içerisine girdiğinde, aynı zamanda sözleşmesel bir garanti sorumluluğu altına da girmektedir²⁰⁸. Bu düşüncelerle ki, bu görüş değerlendirilirken, “*stillschweigende Garantie - zımni garanti*” ifadesi kullanılmıştır²⁰⁹.

Ancak aşağıda belirteceğimiz üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk durumunun ortaya çıkabilmesi için gerekli şartlardan birisi, taraflar arasında bir borç ilişkisi olması ise de, bu borç ilişkisinin mutlaka sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi olması gerekmeyecektir. Her ne kadar, mantık olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun pratikteki görünümü, yani uygulaması, çok büyük bir oranla sözleşmeden doğan borç ilişkileri içerisinde karşımıza çıkacak olsa da, borcun diğer kaynakları da olduğunu dikkate almak gerekir. Nitekim bahsini ettiğimiz bu garanti görüşü de, kanuni borç ilişkileri bakımından tarafların böyle bir garantiyi vermek veya böyle bir garantiye güvenmek açısından herhangi bir açık,

²⁰⁴ Bkz.: Leonhard, **Arbeitgeber**, s. 341; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 59; Tschudi, **a.g.e.**, s. 27; Şenocak, **Yardımcı**, s. 17.

²⁰⁵ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 17 vd.

²⁰⁶ Doktorlar için ayr. inc. Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht**, 3. bs., Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1978, s. 350 vd.

²⁰⁷ Avukatlar için ayr. inc. Keller, **a.g.e.**, s. 356 vd.

²⁰⁸ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 36.

²⁰⁹ Tschudi, **a.g.e.**, s. 27; bkz. Ewald Ackers, **Die Anwendbarkeit des § 278 BGB bei Selbständigen und Unselbständigen Unterlassungspflichten**, Diss., Wanne-Eickel, Wohlfahrts Druckerei, 1930, s. 32 vd.: “*stillschweigende Garantieübernahme*”; görüşün yetersizliği üzerine ayr. bkz. Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 44 vd.; Brüggemeier, **Deliktsrecht**, s. 421.

örtülü veya diğer herhangi bir şekilde garanti şeklinde yorumlanabilecek bir iradeleri olmayacağından yola çıkılarak eleştirilmektedir²¹⁰.

Diğer bir görüş ise “*Sonuç Vaadi*” görüşüdür²¹¹. Öncelikle, bahsi geçen bu görüşün, Roma hukuku temellerine dayandığını ifade etmek gerekir²¹². Öyle ki, görüşün, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamındaki borç ilişkisini, kaynağı ne olursa olsun bir bütün olarak ele almak yerine, borçların bir şeyin teslimine ilişkin olması²¹³ veya bir hizmet edimine ilişkin olması²¹⁴ olmak üzere birbirinden ayrılarak incelediğini belirtebiliriz²¹⁵. Roma hukukundan gelen ayrımları ele alan ayrıntılı hususlar bir kenara bırakılacak olur ise²¹⁶, bahsi geçen bu görüşü şu şekilde ifade edebiliriz: Bir edimi üstlenen borçlu, aynı zamanda bir sonucu ve bu sonucun gereği gibi ortaya çıkması için gereken tüm gereksinimleri, dolayısıyla da ifayı bizzat gerçekleştirecek veya ifanın gerçekleştirilmesinde rol oynayacak olan tüm yardımcı kişileri de doğru şekilde seçmiş olmalıdır; ki sonucun istenen gibi gerçekleşmemesi halinde, sonuca ulaştıracak araçların da doğru seçilmediği sonucuna varılmakta ve borçlu sorumlu tutulmaktadır²¹⁷. Diğer bir anlatım ile

²¹⁰ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 59; Delmere, *a.g.e.*, s. 86.

²¹¹ “*Erfolgstheorie*” olarak bkz. Friedrich Scheuermann, *Die Haftung des Schuldners für Seine Hilfspersonen nach § 278 BGB*, Diss., Düsseldorf, 1911, s. 20.

²¹² Delmere, *a.g.e.*, s. 77; Şenocak, *Yardımcı*, s. 12.

²¹³ “*Obligationen auf sachleistung*”.

²¹⁴ “*Obligationen auf tun(dienstleistung)*”; Hatta, hizmet edimlerinin dahi kendi içerisinde, yine Roma hukuku ayrımları temel alınmak suretiyle, “*opus*” ve “*operae*” gibi alt ayrımlara tabi tutulduğunu görmekteyiz, bkz. Rudolf Johann Burchardi, *Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für Seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen : Eine Civilistische Abhandlung*, Kiel, Schröder, 1861, s. 110 vd., ayr. çvr. <http://dlib-pr.mpi.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22113036%22>, sz. 19.10.2017.

²¹⁵ Burchardi, *a.g.e.*, s. 37; Esasen temel olarak, yukarıdaki her iki (*sachleistung/dienstleistung*) ayrımında da borçlunun, yardımcı kişiye bıraktığı bu işlerin ifasında, yardımcılarından doğacak sorumluluğu üzerine almış durumda olduğu kabul ediliyor olsa da, görüşün olayları tek tek açıklaması ve özellikle belirttiğimiz gibi Roma hukuku temelinde somut örnekler üzerinden farklı yorumlara ulaşılıyor olması, günümüz anlamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun temellendirilmesi bakımından nispeten kompleks bir yapı ortaya koymaktadır, inc. Burchardi, *a.g.e.*, s. 94 vd.; Delmere, *a.g.e.*, s. 77.

²¹⁶ Bahsi geçen bu ayrıntıların ve Roma hukuku etkisinin fazla olması, bu görüş açısından şaşırtıcı değildir. Zira görüş, günümüzden oldukça eski bir tarihe, 19. yüzyıla dayanmaktadır.

²¹⁷ Bkz.: Şenocak, *Yardımcı*, s. 14.

“*Haftung wegen eines Erfolgsversprechens*” şeklinde de ifade edildiği üzere²¹⁸ borçlu, başarı sözü vermiş gibi nazara alınmaktadır.

Başka şekilde ifade edecek olursak, bu görüşte borçlu ve yardımcı kişi ayrı ayrı değil, aynı kişi olarak değerlendirilmekte ve yardımcı kişinin kusuru, yardımcı kişi kullanan borçlunun yardımcı kişi seçimindeki kusuru olarak nazara alınmaktadır²¹⁹. Ancak görüşün, bu yapısı itibariyle, sonuç taahhüdü içermeyen sözleşmelerde uygulanma alanı olmayacağından dolayı, son derece dar bir anlamı olacağı da ifade edilmektedir²²⁰.

“Özen”²²¹ görüşü olarak ifade edeceğimiz görüş²²² ise yine farklı bir temele dayandırılmaktadır. Şöyle ki, bir kişi bir edimi taahhüt ettiği takdirde, o edimi yerine getirirken bir özen yükümlülüğü altına da girmekte olacağından, nasıl bir kişi kendi edimini taahhüt ederse kendi özeninden sorumlu olacak ise bir yardımcı kişi kullanması halinde de onun özeninden de sorumlu olacaktır²²³. Başka bir anlatım ile, bu teoriye göre borçlu, borcu bizzat ifa eden olarak, alacaklının hoşnutluğundan kendisi sorumlu olduğu gibi, bu borcun ifasına dahil ettiği kişilerin de alacaklının menuniyetini zedeleyebilecek davranışlarını üstlenmelidir²²⁴. Buna göre, örneğin, bir işveren bir işi yerine getirmesi için işçilerinden birisine görev vermesi durumunda, o işçinin işi yerine getirirken gösterdiği özen aynı zamanda işverenin

²¹⁸ Delmere, **a.g.e.**, s. 77; ayr. bkz. Hans Wüstendörfer, § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Lichte des Römischen Rechts, Diss., Strassburg, Buchdruckerei C. & J. Goeller, 1897, s. 30, Tschudi, **a.g.e.**, s. 23: “Erfolgstheorie”; ayr. inc. Fundel, **a.g.e.**, s. 62 vd.

²¹⁹ Esasen günümüz bakımından da, yardımcı kişinin somut olaydaki kusurunun (elbette var ise), borçluya isnat edildiğinden bahsedebiliriz; ki bu husus aşağıdaki kısımlarda ele alınmaktadır.

²²⁰ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 15.

²²¹ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 15; Scheuermann, **a.g.e.**, s. 20 vd.; Becker, **278 BGB**, s. 26 vd.; H. Dreyer, “Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften?”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, C. 1, Berlin, Commission Verlag von J. Guttentag, 1884, s. 14.

²²² “Vertragstheorie” olarak bkz. Delmere, **a.g.e.**, s. 80; “theorie von Enneccerus”: Ackers, **a.g.e.**, s. 31.

²²³ Ludwig Enneccerus, “Zweite Sitzung der ersten Abteilung am 12. September 1884”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, Zweiter Band, Berlin, 1885, s. 104; bkz.: Delmere, **a.g.e.**, s. 81.

²²⁴ Ackers, **a.g.e.**, s. 31 vd.; dolayısıyla esasen, borç ilişkisini ifada kim aktif rol oynuyor ise, onun fiilleri borçluya isnad edilecektir demek mümkündür, bkz. Wüstendörfer, **a.g.e.**, s. 32.

özeni olarak da değerlendirilecek ve sorumluluğun dayanağı buna göre belirlenmiş olacaktır.

Ancak bu görüşün, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk temelini yardımcının özeninin borçluya isnadı olarak görmesi karşısında, esasen garanti edilen şeyin yardımcının özeni değil işin özenli yapılması olduğu, diğer bir ifade ile yardımcının seçimi başta olmak üzere borçlunun özeninin değerlendirilmesi gerektiği eleştirisinin getirildiğini de ifade etmek gerekir²²⁵. Yine aynı görüş karşısında, bahsi geçen sorumluluğun uygulamasının, yukarıdaki sonuç vaadi görüşüne paralel olarak, bir sonucun taahhüt edildiği borç ilişkilerinde kendine yer bulabileceğinden bahsedilerek, kanuni bir borç ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda bu görüşten yola çıkmanın hatalı olacağının ifade edildiğini²²⁶ de, bir başka eleştiri olarak ekleyebiliriz.

Kanaatimizce de bazı hallerde, yardımcı kişi işi tam bir özenle yapmış olsa dahi, borcun gereği gibi yerine getirilmediği durumlar ortaya çıkabilir. Şöyle ki, borcun ifasında anlaşma veya işin niteliği gereği (*Erfüllungsgehilfe*²²⁷) yardımcı şahıs kullanılmaması, yani borcu borçlunun şahsen ifa etmesi gereken bir durumda da, borçlunun (her ne kadar yardımcı kişi kendi bilgi, tecrübe ve yetenekleri doğrultusunda işi en özenli şekilde yerine getirmiş de olsa) sorumlu olabileceğini unutmamak gerekir. Esasen borçlu, bu durumda doğrudan sözleşmeyi de ihlal etmiş bulunmaktadır.

Konuyla ilgili bir diğer görüş ise “*Hakimiyet*²²⁸” görüşü olarak ifade

²²⁵ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 57 vd.; Becker, **278 BGB**, s. 12 vd.; Delmere, **a.g.e.**, s. 82: bkz. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, C. 2, 6. bs., Frankfurt am Main, 1887, s. 541.

²²⁶ Delmere, **a.g.e.**, s. 82.

²²⁷ Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 126.

²²⁸ Terminolojik olarak bkz. Nussbaum, *Hilfspersonen*, s. 44 vd; Gernhuber, *Erfüllung*, s. 445: “*Herrschaftstheorie*”; Becker, **278 BGB**, s. 32 vd.: “*Theorie der Verbindung von Herrschaftsverhältnis und Haftung*”; Delmere, **a.g.e.**, s. 88: “*Haftung auf Grund von Herrschaft*”; Eberhard Bopp, *Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung von Allgemeinen Verkehrspflichten*, Diss., Stuttgart, Strecker und Schröder, 1938, s. 24: “*Herrschaftsverhältnis*”; Otto Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Berlin,

edilmekte olan görüştür. Hakimiyet görüşü ise en basit anlatımıyla, insanların kendi hakimiyet sahaları olduğunu ve bu hakimiyet sahasına giren her şeyden ve dolayısıyla kullandıkları yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olduklarını ifade etmektedir²²⁹. Görüşün temel noktalarından birisine göre, esasen bir kimsenin başka bir kişinin yapmış olduğu fiiller neticesinde, yabancı kişinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesinin dayanakları, aile birliği²³⁰ kurumuna uzanmaktadır²³¹. Öyle ki, buradaki sorumluluk, hakimiyet sahibi sıfatıyla (fiil bizzat kendisince işlenmemiş olan) ev reisine ait idi²³². Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğmasına sebep olan olayların ve yardımcı kişi olduğu kabul edilecek kişilerin çeşitliliği ortaya koyulduğunda, hakimiyet görüşünün ve ona bağlı olarak hakimiyet bağlı ölçüsünün yetersizliği anlaşılabacaktır²³³.

Esasen somut olaylar önümüze geldiğinde, borçlunun hakimiyetinin onu sorumlu tutmakta manevi ve mantıklı bir sebep teşkil edebileceği üzerinde durulabilecekse de, somut olaylar dışına çıkıldığında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunu tümünden bu temel ile ifade etmenin tam kapsamlı bir sonuç vermeyeceği düşüncesindeyiz. Bu itibarla örneğin, borçlunun bir bağlılık ilişkisi içersinde olmadığı bir kişiden dolayı da sorumlu tutulabileceği düşünüldüğünde de, bu görüşün uygunluğu bakımından bir duraksama olmaktadır²³⁴. Dolayısıyla, somut olaylar baz alındığında uygun olabilecek bu yaklaşım tarzının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu tüm hatlarıyla kapsama noktasında yetersiz kaldığı, ancak görüşün TBK md. 66 gibi tabiiyet unsuru söz konusu olan bir ilişki bakımından ise

Weidmannsche Buchhandlung, 1887, s. 83: “*Herrschaftsverhältnis*”; ayr. bkz. Hans Auer, **Die Haftung für Hilfspersonen: mit Besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes**, Bern, Verlag von Stämpfli & Cie, 1933, s. 16 vd.

²²⁹ Bkz.: Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 44 vd.; Şenocak, **Yardımcı**, s. 19 vd.; ayr. kusursuz sorumluluğun açıklanmasına ilişkin görüşlerden birisi olarak inc. Cevdet Yavuz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri Ve İlkeleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 4, 2008, s. 38 vd.

²³⁰ “*Einheit des Häuslichen Verbandes*”.

²³¹ Gierke, **a.g.e.**, s. 803.

²³² Gierke, **a.g.e.**, s. 803.

²³³ Bkz. Fundel, **a.g.e.**, s. 73 vd.

²³⁴ Şenocak, **Yardımcı**, s. 22.

daha ele alınabilir olduğu düşüncesindeyiz.

Yardımcı kişileri birer temsilci olarak ele alan ve doktrinde “*Temsil*”²³⁵ görüşü²³⁶ olarak adlandırılan görüşte ise kısaca, yardımcı kişinin borcun ifasına ilişkin ortaya koyduğu fiilleri, esasen borçlunun bir temsilcisiymiş gibi yaptığı ve borçlunun bu yardımcı kişinin fiilleri neticesinde kendi fiillerinden dolayı sorumluymuş gibi sorumlu olması gerektiğinin düşünüldüğünü söyleyebiliriz²³⁷. Aynı şekilde, bir borcun ifası için bir başkasını seçen ve görevlendiren kişi, bu kişinin işi yerine getirme kapasitesine sahip olmasından veya olmamasından dolayı, tıpkı bu vasıflar kendisine ait gibi sorumlu olacaktır²³⁸. Bu görüş de nihayetinde, yardımcı kişilerin birer vasıta niteliği taşıdığı sonucuna götürmektedir²³⁹.

Bu görüş²⁴⁰ ise daha başlangıçtan, Türk ve İsviçre hukuklarında temsilin sadece hukuki işlemlerde geçerli olacak olması²⁴¹ veya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu açıklamaya yeterli olmayacağı eleştirileriyle²⁴² karşılaşmaktadır. Temsilcilerin yardımcı kişilerin fiillerin sorumluluk konusu altındaki durumları ise aşağıda yardımcı kişinin kim olduğu bahsinde yeri geldikçe incelenecektir²⁴³.

Yine farklı bir görüş ise “*Araç*”²⁴⁴ görüşüdür. Yardımcı kişinin adeta bir araç

²³⁵ Terminolojik olarak bkz.: Delmere, **a.g.e.**, s. 98 vd.: “*Vertretungstheorie*”; ayr. bkz.: Becker, **278 BGB**, s. 29 vd.: “*Vollmacht oder Vertretungstheorie - Veranlassung oder Kausalitätstheorie*”.

²³⁶ Esasen, aşağıda inceleneceği üzere, Temsil ve Araç görüşleri bir bütünlük arzeder nitelikte olduklarından, bir arada da işlenebilirler; ancak burada ele alınan çoğu görüş de bir diğerinden katı sınırlarla ayrılmamakta, örneğin, garanti bahsinde hakimiyetten, hakimiyette rizikodan, temsilde araçtan vs. bahsedilebilmektedir. Kaldı ki, bu görüşlerden hiç birisinin, tek başına bu sorumluluğun temelini kapsayacak niteliğe sahip olmadığını belirtildiğini de, yine bu noktada ekleyebiliriz.

²³⁷ Dreyer, **a.g.e.**, s. 95; Dreher, **a.g.e.**, s. 5.

²³⁸ Dreyer, **a.g.e.**, s. 96.

²³⁹ Dreyer, **a.g.e.**, s. 97.

²⁴⁰ Aksi için bkz. Enneccerus, **a.g.e.**, s. 109.

²⁴¹ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 24.

²⁴² Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 44.

²⁴³ Bkz. B. II: I/C/3/b.

²⁴⁴ Terminolojik olarak bkz.: Delmere, **a.g.e.**, s. 98 vd.: “*Werkzeugtheorie*”; Aynı şekilde bkz. Becker, **278 BGB**, s. 31 vd.

olarak nitelendirildiği bu görüşe göre, yardımcı kişinin davranışlarının borçlunun iradesi doğrultusunda olduğu durumlarda borçlu, ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmalı, ancak yardımcı kişinin işi görmesi sırasında kendi iradesini kullanması ve bilhassa borçlunun iradesinin dışında hareket etmesi halinde ise, borçlunun sorumluluğu söz konusu olmamalıdır²⁴⁵. Esasen borçlunun adeta temsil edilen, yardımcı kişilerin de buna paralel olarak borçlunun iradelerini temsil ettiği şeklinde tasavvur edilen yukarıdaki görüşün bir sonucu olarak da, bir borcun ifasında kullanılan yardımcı kişilerin, teorik açıdan birer araç niteliği taşıdığı kabul edildiği görülmektedir²⁴⁶.

Ancak, temsil ilişkisi bakış açısını taşıyan bir önceki paragraftaki görüşü, değişik bir şekilde iradeye bağlayarak ifade ettiği belirtilen²⁴⁷, bu son paragraftaki bakış açısının, yardımcı kişilerin fiilleri bakımından uygulama alanı bulmasının pek mümkün olmadığını ifade edebiliriz. Öyle ki çalışmamız kapsamında aşağıda yeri geldikçe verdiğimiz Federal mahkeme, Yargıtay kararları ve doktrindeki örnekler de bunu destekleyecektir. Bize göre bu bakış açısı, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu yalnızca yardımcı kişilerin borcun ifasına yönelik hareketleriyle ve nihayetinde de borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halleriyle sınırlandırmaya götürecektir; ki bu durum, günümüz uygulamasının da dışında, dar bir değerlendirme olacaktır.

“*Tehlike*”²⁴⁸ görüşü olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre ise, borçlunun borcun ifası sırasında yardımcı kişi kullanması hallerinde, yardımcı kişinin alacaklıya bir zarar verebilme ihtimalinden doğan bir riziko ortaya çıkmaktadır; ki bu

²⁴⁵ Otto Mayer, “Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften?”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, C. 1, Berlin, Commission Verlag von J. Guttentag, 1884, s. 135.

²⁴⁶ Dreyer, **a.g.e.**, s. 97.

²⁴⁷ Bkz.: Delmere, **a.g.e.**, s. 101 vd.

²⁴⁸ Terminolojik olarak bkz. Delmere, **a.g.e.**, s. 117: “*Gefährdungshaftungstheorie*”; aynı şekilde Gernhuber, **Erfüllung**, s. 447; Fundel, **a.g.e.**, s. 74; Dreyer, **a.g.e.**, s. 7 vd.: “*Gefahrbeherrschungstheorie*”; yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin maddenin dayanağının, borçlunun, kendi iş ve tehlike çevresinden dolayı alacaklıya karşı sorumlu olacağı düşüncesi olduğuna ilişkin bkz., Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 1.

durumda borçlu, yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olur²⁴⁹. Diğer bir şekilde ifade edilecek olursa, BGB § 278 hükmünde, borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumlu olmasının nedeni, yardımcı kişi kullanılmasının doğurduğu tehlikeye bağlanmaktadır²⁵⁰. Diğer taraftan, bu sorumluluğun gereklilik ve temelinin tehlike esası olması nedeniyle, yardımcı kişi kullanılmak suretiyle bir borcun ifa edilmesini içeren tüm durumlarda (borca aykırılık ve haksız fiil sorumluluğu esası bir kenara bırakılarak) bu teori uygulanabilir olmalıdır denilmektedir²⁵¹. Dolayısıyla bu teoriye göre (BGB § 278 – § 831), (OR art. 55 - 101), (TBK md. 66 - 116) anlamında bir ayırım yapılmasına da gerek ve temel bulunmayacaktır²⁵². Bunun dışında, tehlike sorumluluğunun, hukukumuzda genel hüküm olarak ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinde²⁵³ “*Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme*”²⁵⁴ ve yeni İsviçre Borçlar Kanunu’na ilişkin tasarının 60. maddesinde “*Gefährdungshaftung*”²⁵⁵

²⁴⁹ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 26.

²⁵⁰ Max Rümelin, **Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Objektiven Schadensersatzpflicht**, Freiburg und Leipzig, Mohr Siebeck, 1896, s. 88.

²⁵¹ Rümelin, **a.g.e.**, s. 88.

²⁵² İnc.: Rümelin, **a.g.e.**, s. 86 vd.; Delmere, **a.g.e.**, s. 119.

²⁵³ Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Cilt II, 13. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 8, Pn. 22; İnc. Nevzat Koç, “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 1682 vd.

²⁵⁴ Bkz.: “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”.

²⁵⁵ Bkz.: “Wer eine besonders gefährliche Tätigkeit ausübt, haftet für den Schaden, der durch die Verwirklichung ihres charakteristischen Risikos entsteht.

Als besonders gefährlich gilt eine Tätigkeit, die ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden zu verursachen.”.

başlığı altında ele alındıklarını ve bu iki düzenlemenin de sistematik olarak haksız fiilleri düzenleyen hükümler içerisinde değerlendirildiğini eklemek gerekir.

Ayrıca, tehlike sorumluluğunun kanuni düzenlemeleri olarak 2918 sayılı KTK md. 85²⁵⁶, 2872 sayılı ÇK md. 28²⁵⁷, 6326 sayılı PK md. 86²⁵⁸, 5977 sayılı BGK md. 14²⁵⁹ gibi kanun hükümlerinin örneklendiğini ifade edebiliriz²⁶⁰.

Yardımcı kişi kullanılmasını, borcun doğrudan borçlu tarafından ifa edilmesine nazaran, alacaklının menfaatleri bakımından bir tehlike olarak ele alan bu görüşün de, yardımcı kişinin varlığının tehlike olarak yorumlanması noktasında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kaynağı olarak yorumlamak için fazla abartılı bulunduğu; bunun yanında, yardımcı kişi kullanılmasının alacaklı tarafından da arzulandığı veya gerekli olduğu somut durumlarda teorinin geçerliliğinin kaybolduğu da ifade edilmektedir²⁶¹.

Doktrindeki bir diğer görüş ise “İsnadiyet Birliği²⁶²” olarak adlandırılan

²⁵⁶ “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar...”; ayr. inc. Bilgehan Çetiner, “Haftung Des Motorfahrzeughalters Nach Dem Türkischen Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Gefälligkeitfahrt”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, N. 58, 2009, s. 163 vd.

²⁵⁷ “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.

Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır...”.

²⁵⁸ “...Petrol hakkı sahibi; petrol ameliyeleri dolayısıyla kullanma hakkının taallük ettiği gayrimenkule veya bunun üzerindeki tesisler ile civarındaki gayrimenkul veya tesislere yaptığı zararı, kusur olup olmasına veya yapılan zararın önceden tahmini mümkün bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, tam olarak tazmin etmekle mükelleftir...”.

²⁵⁹ “GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanlar, bu Kanun kapsamında izin almış olsalar dahi, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan sorumludur. Bu sorumluluk, GDO ve ürünlerinin, başvuru ve kararda yer alan koşulları sağlamadığının anlaşılması durumunda zarar oluşmasa dahi geçerlidir...”.

²⁶⁰ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 8, Pn. 22 vd.; ayr. inc. Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981, s. 27 ve 53 vd.

²⁶¹ Şenocak, *Yardımcı*, s. 27.

²⁶² Terminoloji için bkz.: Şenocak, *Yardımcı*, s. 32; Delmere, *a.g.e.*, s. 106: “Zurechnungseinheit”.

görüştür. Bu görüşe²⁶³ göre, yardımcı kişi kullanılan bir işte, yardımcı kişinin fiilleri doğrudan borçluya yansımaktadır. Bir kimse, yardımcı kişi kullanmak ile kazanç imkanlarını, faydalarını artırma şansı elde (kısacası avantajlardan yararlandığı) ettiği gibi, yardımcı kişi kullanmanın doğuracağı kazanç azaltıcı rizikoları da taşımak, üstlenmek zorundadır²⁶⁴. Bu sebeple, yardımcı kişi kullanılan bir işte yardımcı kişinin borca uygun davranışları, nasıl ki borçluya isnad ediliyor ve borçlu borcunu gereği gibi yerine getirmiş sayılıyorsa, benzer bir biçimde, yardımcı kişi borca aykırı davrandığında da, bu davranışlar borçluya isnad edilmelidir²⁶⁵. Kısaca borçlunun, yardımcı kişinin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olacağı sonucu çıkarılmaktadır²⁶⁶. Kanaatimizce bu görüşte, özellikle yardımcı kişi ve borçluyu bir tutmak gibi sonuç vaadi görüşüne paralellik arz eden noktalar bulunmaktadır. Yine bu görüş de, sözleşmeye uygun olmayan davranışların borçluya isnad edilir olmasındaki gayenin/temelin ne olduğunu açıklamada yetersiz kaldığı noktasında eleştirilmektedir²⁶⁷. Ancak, borcun ifasında kullanılan yardımcı kişinin kusurunun, onu kullanan borçlunun kusuru olarak nazara alınacağını İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da zikredildiğine de değinmek gerekir²⁶⁸.

Doktrinde ele alınmış bir diğer görüş ise, yardımcı kişi kullanılmasının yararı kendisine olanın, onun doğuracağı tehlikeyi de sahiplenmiş olması gerektiğini ifade eden “*Interesse-Gefahr*” olarak kısaltılmış olan görüştür²⁶⁹. “*Yarar ve Tehlike*” görüşü olarak da ifade edilen bu görüş doğrultusunda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temelinin, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasından geldiği ve yardımcı kişi kullanılmasının alacaklı ve borçlu taraflar açısından ortaya çıkardığı fayda ve rizikolara göre değerlendirme yapılması gerektiği ifade

²⁶³ Bkz. Gernhuber, *Erfüllung*, s. 444 vd.

²⁶⁴ Gernhuber, *Erfüllung*, s. 446.

²⁶⁵ Gernhuber, *Erfüllung*, s. 446 vd.

²⁶⁶ Delmere, *a.g.e.*, s. 106; Fikentscher/Heinemann, *a.g.e.*, s. 393, Pn. 659.

²⁶⁷ Bkz. Şenocak, *Yardımcı*, s. 32 vd.

²⁶⁸ İnc. BGE 70 II 221.

²⁶⁹ Bkz.: Delmere, *a.g.e.*, s. 104; Joseph Unger, “Handeln auf Eigene Gefahr”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, C. 30, 1891, s. 389 vd.; “*Interessentheorie*” olarak bkz. Scheuermann, *a.g.e.*, s. 19.

edilmiştir²⁷⁰.

Bahsettiğimiz bu görüşün temel dayanağı oldukça basittir. Hatta günümüzde de kullandığımız “*faydayı edinenin zarara da katlanması gerektiği gibi*” klasik hukuk kavramlarından biri olduğunu ifade edebiliriz²⁷¹. Yine bu görüşün “kendine menfaat, kendi tehliken/rizikon; yabancı(dan) menfaat, yabancı tehliken/rizikon”²⁷² gibi anahtar kelimelerle ifade edilmiş olduğunu da görmekteyiz²⁷³. Tam olarak bu noktada, bahsettiğimiz bu görüşün eleştirisi yapılmış ve belirtilen prensiplerin hukuki anlamda doğru olmasının kabul edilebilir olduğu, ancak yararı elde edenin tehlikeye de katlanması düşüncesinin tek başına yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temeli olamayacağı belirtilmiştir²⁷⁴. Gerçekten de, yardımcı kişi kullanılması çoğu halde, (en önemlisi olarak) uzmanlaşma gibi, çeşitli sebepler ile hem borçlu hem de alacaklı yararına olabilmektedir. Dolayısıyla, yardımcı kişi kullanılmasındaki menfaatin bir kısmının alacaklı üzerinde toplandığından bahsederek, onu yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa başvuramaz kabul edemeyiz.

Bir başka açıdan da, yardımcı kişi kullanılan bütün borç ilişkilerinin salt borçlu yararına olmadığı, bunun dışında borçlu bakımından ivaz içermeyen borç ilişkilerinin (bağışlamanın, ivazsız ödünç sözleşmelerinin) bulunduğu ve görüşün bu gibi durumları kapsamayacağından bahsedilerek eleştirildiğini de ifade edebiliriz²⁷⁵.

“*Etki Alanı*”²⁷⁶ görüşü olarak isimlendirilen görüşe göre ise, herkes kendi etki

²⁷⁰ Bkz.: Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 45; Şenocak, **Yardımcı**, s. 28 vd.; krş. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 3.

²⁷¹ Delmere, **a.g.e.**, s. 105 vd.; bkz. Eike Schmidt, **Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts**, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972, s. 517.

²⁷² “*Eigenes Interesse, eigene Gefahr; fremdes Interesse, fremde Gefahr*”, Joseph Unger, “Handeln auf Fremde Gefahr”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts**, C. 33, 1894, s. 359.

²⁷³ Heini Jansen, **Die Haftung ohne Verschulden**, Diss., Gelnhausen, Dissertationsdruckerei F. W. Kalbfleischs, 1939, s. 23; Bopp, **a.g.e.**, s. 24.

²⁷⁴ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 60 vd.; Fundel, **a.g.e.**, s. 78 vd.

²⁷⁵ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 242; Şenocak, **Yardımcı**, s. 31 vd.

²⁷⁶ Gernhuber, **Erfüllung**, s. 445: “*Einwirkungstheorie*”; Delmere, **a.g.e.**, s. 115: “*Einwirkung*”; Şenocak, **Yardımcı**, s. 33: “*Einflussphaere, Einwirkungsbereich, Rechtsphaere, Risikosphaere*”.

alanından sorumlu olmalıdır ve bu sebeple de alacaklı, borçlunun etki alanına, dolayısıyla da yardımcı kişiye müdahale edemediğinden, borçlu kendi etki alanındaki yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutulmak gerekecektir²⁷⁷. Bu görüşe göre, esasen alacaklı, ifadaki menfaatlerini borçlunun etki alanında gerçekleştirecek olan borçlunun fiillerine bırakmaktadır; ki bu fiiller, borçlunun ifa programına göre düzenlenmektedir²⁷⁸. Dolayısıyla, etki alanını göz önüne alan bu görüş, “*ne kadar katı, o kadar iyi*” düşüncesinden yola çıkarak, borçlunun sorumluluğu ne kadar katı şekilde düzenlenirse, borçlu kendi etki alanında olan bu ifa programını, ifa gücünü, ifaya olan özenini o kadar daha etkili ve düzgün kullanacaktır, mantığı ile hareket etmektedir²⁷⁹.

C. Kanaatimiz

Görüşlerin genel değerlendirilmesinin yapılması noktasında ifade edeceğimiz ilk husus, görüşlerin dayanaklarını aldıkları çok özel durumlar dışındaki olaylara uygulanmaları halinde etkisiz kalabilmeleri olacaktır. Yukarıda eleştirilen ve bizim de eleştirdiğimiz tüm bu görüşler, işaret ettikleri noktalar ve ele aldıkları örnekler bakımından doğru sonuçlara ulaşabiliyor olabilirler. Buna karşılık, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının pratik görünümü düşünüldüğünde, birçok somut olayda, bu dayanak noktalarının, kapsama alanı bakımından yetersiz olacağını düşünmekteyiz.

Özellikle dikkatimizi çeken bir nokta ise, görüşlerin hep bir borcun yerine getirilmesi noktasına hizmet etmesidir. Ancak gerek İsviçre, gerek Türk kanunlarında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu, yalnızca borçların ifasını değil, aynı zamanda bir hakkın kullanılması noktasını da düzenlemektedir. Dolayısıyla, görüşleri yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun dayanakları noktasında, öncelikle bu husus üzerinden eleştirmemiz gerekecektir. Ayrıca,

²⁷⁷ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 33; krş. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 3.

²⁷⁸ Bkz.: Delmere, **a.g.e.**, s. 116; Rudolf Weeber, **Erfüllungsgehilfe, selbständiger Unternehmer und Substitut**, Diss. Tübingen, 1933, s. 21 vd.

²⁷⁹ Delmere, **a.g.e.**, s. 33; Weeber, **a.g.e.**, s. 22.

uygulama ve ders kaynaklarının büyük bir çoğunluğunun da, bir borcun ifasını ele almakla yetinip, hakkın kullanılmasını örneklendirmede yetersiz kaldığını belirtmek mümkündür.

Yine yukarıdaki görüşler ve eleştirileri göz önüne alındığında, görüşlerin birçoğunun, dayanaklarını sözleşmeden doğan borç ilişkileri üzerinden açıklamaları karşısında, kanundan doğan borç ilişkilerinde ne olacağını açıklamada kapsam bakımından yetersiz kalacakları eleştirisini de tekrarlamak gerekir. Zira yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun, incelediğimiz pozitif hukuklardaki şartlarından bir tanesi, taraflar arasında bir borç ilişkisi olması ise de, bu borç ilişkisinin mutlaka sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi olmasına gerek yoktur. Kanundan doğduğu kabul edilen borçlar²⁸⁰ da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta ele alınmaktadır²⁸¹.

Yukarıda incelendiği üzere, bahsi geçen görüşlerden herhangi birisinin tek başına yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temelini açıklamada yeterli olacağını kabul edilmesi, uygun olmayacaktır. Öyle ki, yukarıda ifade etmeye çalıştığımız görüşlerin dışında, bu görüşlerin hiçbirisinin esasen tek başına yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun hukuki dayanağını kapsayamadığı ve tam olarak açıklayamadığının da doktrinde değerlendirilmiş olduğunu görmekteyiz²⁸².

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun dayanağı olarak ileri sürülen görüşleri tek başına yeterli bulmayan bu son görüşün savunucularının, esasen bu konuda prensipsizliği prensip olarak kabul ettikleri ifade edilmiştir²⁸³. Buna göre, Alman Medeni Kanunu'ndaki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün temeline ilişkin bir görüş arama zorunluluğu “*opinio necessitatis*”

²⁸⁰ “*Gesetzliches Schuldverhältnis*”.

²⁸¹ Fundel, **a.g.e.**, s. 58.

²⁸² Arthur Nussbaum, **Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B., in vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht**, Berlin, 1898, 48 vd.; bkz.: Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 64 vd.; bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 38 vd.; bkz.: Bopp, **a.g.e.**, s. 26.

²⁸³ Delmere, **a.g.e.**, s. 138.

bulunmamaktadır²⁸⁴. Dolayısıyla da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk fikri, o çok önemli ekonomik anlamını da, bu hukuki temel arayışlarından değil, tam olarak sosyal çatışmalardan almaktadır denilmektedir²⁸⁵.

Bu görüşe sahip olan hukukçuların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu için hukuki bir temel aramak yerine hakkaniyet ve hukuk politikasını²⁸⁶ temel alarak açıklama yaptıkları kabul edilmektedir²⁸⁷. Bu sebeple görüşe göre, borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunun dayanağı olarak, kanun koyucunun hukuk politikasına, yani somut BGB § 278, OR art. 101 gibi hükümlere göre hareket edilmeli ve somut olayda da hakkaniyete göre değerlendirme yapılmalıdır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu tek bir temel noktasına bağlamayı yeterli bulan görüşlerin, kullanma yardımcısı kavramını ele almayarak, ifa yardımcısı kavramı ile yetinmeleri; genel olarak dayanaklarını aldıkları noktalar dışına çıktıklarında çok sınırlı bir yorum alanında kalmaları; borcun tüm kaynaklarını göz önüne almaları gerekirken, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerini temel almaları gibi nedenlerden dolayı, bize göre de hakkaniyet ve hukuk politikası değerlendirmeleri üzerinden yola çıkılarak, TBK md. 116 hükmüne göre hareket edilmeli ve somut olaylar üzerinden değerlendirmelerde bulunulmalıdır.

Diğer taraftan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun hukuki gereklilik ve temelleri ne olarak düşünülmüş ve ifade edilmiş olursa olsun, Alman, İsviçre ve Türk hukukları gibi (gerek Roma hukuku'nda birleşmeleri, gerekse de birbirleriyle etkileşim halinde olmaları nedenleriyle) birbirine yakın doktrin görüşlerine sahip olan ülke hukuklarının dahi, farklı kanun hükümlerine sahip olduklarını unutmamak gerekir. Öyle ki, Alman Medeni Kanunu'nda kanuni temsilciler, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verecek kişilerden

²⁸⁴ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 48.

²⁸⁵ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 48.

²⁸⁶ “*die Billigkeit und die Rechtspolitik*”.

²⁸⁷ Delmere, **a.g.e.**, s. 138.

sayılmışken, İsviçre ve Türk kanun koyucusu kanuni temsilcileri ismen saymamıştır. Yine eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve yürürlükteki Alman Medeni Kanunu'nda yardımcı kişilerin kusurlarından bahsedilirken, yürürlükteki İsviçre ve Türk kanunlarında kusur ifadesi bulunmamaktadır. Yine Alman Medeni Kanunu'nda eski genel işlem koşullarına dair yasadaki alanan hükümler ve genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler içerisinde de (ve hatta zararın tazmininde alacaklıyla borçlunun ortak kusurlarına ilişkin maddelerde) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine yer verilmiş iken, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarında böyle bir hususiyet ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise Türk ve Alman düzenlemelerindeki gibi genel işlem koşullarına ilişkin pozitif hükümler bulunmamaktadır. Verdiğimiz örnekleri artırmak mümkündür. Temelde belki de aynı koruma gayesiyle ortaya çıkmış bu kurumun, birbirine bu kadar yakın hukuk sistemleri içerisinde dahi farklı kaleme alınması, bize göre dikkat çekicidir. Zira konunun ele alınmasında İsviçre bilhassa Almanya'nın, Türkiye ise ağırlıklı olarak İsviçre olmak üzere her iki ülke doktrininden de²⁸⁸ yararlanmaktadır. Aşağıda bahsettiğimiz bu farklılıklara karşılaştırmalı olarak değinilecektir.

Nihayetinde bu başlık altında ifade edebiliriz ki, kapsama alanlarının nispeten dar olması, ifa yardımcısını ele alıp kullanma yardımcısını değerlendirmemeleri, yardımcı kişi kullananın neden sorumlu olması gerektiğine ilişkin soruları yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında açıklamaları, kanundan doğan borçlar olarak da ifade edebileceğimiz borç ilişkileri bakımından uygulama kapsamını yitirdikleri gibi sebeplerle yukarıda eleştirilmiş olan görüşler karşısında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tek bir görüş ile açıklanması yerine, hakkaniyet ve hukuk politikası temalı görüşün benimsenmesi taraftarı olduğumuzu yinelemeliyiz. Dolayısıyla, bu çözüm yöntemi ile, somut noktalar üzerinde doğru sonuç veren, ancak diğer bir kısım farklı örnekler üzerinde ise cevapsız kalmaya devam edecek olan sınırlı görüşlerden bir tanesi ile bağlı kalınmaya gerek olmayacaktır. Öyle ki, görüşümüz uyarınca, somut olay önümüze geldiğinde, en uygun hukuki dayanak ve

²⁸⁸ Bu durum, Yargıtay kararlarında dahi Alman ve İsviçre doktrinine yapılan doğrudan atıflarla da görülmektedir.

görüşü de zikredebilmekten kaçınmamıza da gerek kalmamaktadır²⁸⁹. Kanaatimizce bu durum, hakkaniyet bakımından da daha uygun olacaktır. Ayrıca, yinelemek gerekir ki, bu bakış açısına göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin temeline ilişkin mutlak ve yegane bir görüş arama zorunluluğu da bulunmamaktadır²⁹⁰.

Sonuç olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kimin, kimden, ne sebeple, ne kapsamda sorumlu olması gerektiğinin hukuki temeli ifade edilmek istendiğinde, bu temelin, “zımni bir garanti”, “faydayı edinenin zarara da katlanması gerektiği” veya “herkesin etki-hakimiyet alanından sorumlu olması gerektiği” gibi düşüncelerden herhangi birisi ile açıklanıp, diğer görüşlerin tamamen dışlanması, ne teorik ne de pratik anlamda bir fayda sağlamayacaktır. Bilakis, bu teorilerin tümü, somut olayda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gitmemizin önündeki hukuki haklılığı pekiştirmektedir. Dolayısıyla, (bu sorumluluğun dayanağının, yegane bir temel ile açıklanmak zorunda olmadığına yönelik görüşe²⁹¹ haklılık verdiğimizden) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun hukuki temelinin, somut bir olayda yeterli, ancak bir başka olayda ise yetersiz olacak tek bir görüş ile formülize edilmesi yerine²⁹², hukuk politikasının en somut görünümü olan kanun hükümlerine göre hareket edilmesi ve çalışmamızda ele aldığımız tüm bu görüşlerin bir arada değerlendirilmesi suretiyle açıklanması, daha uygun olacaktır.

²⁸⁹ Ayrıca, görüşümüze göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa temel olarak ileri sürülen görüşlerden yalnızca birini değil, uygun olan birden fazla dayanağı da somut olay içerisinde zikredebilmeliyiz. Öyle ki, yardımcı kişiyi kullanan borçlu, hem etki alanı düşüncesiyle, hem faydayı edinenin zarara da katlanması gerektiği düşüncesiyle, hem de yardımcısının özeninin de kendisine isnat edileceği düşüncesiyle temellendirmek suretiyle sorumlu tutulabilir. Bu görüşlerin bir arada kullanılması, TBK md. 116 hükmünün, hukuk pratiğindeki vicdani haklılığını da pekiştirecektir.

²⁹⁰ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 48.

²⁹¹ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 48.

²⁹² Zira, sosyal bilimler içerisinde yer almakta olan “hukuk” (matematik, fizik, kimya gibi alanların aksine) işlemlerin doğruluğunu sağlayan net ve yegane formüllere bağlanamayabilir. Tıpkı, ele almakta olduğumuz, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusunda olduğu gibi.

İKİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK ŞARTLARI VE ÖZEL HALLER

I. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk Şartları

A. Genel Olarak

Bu bölümde ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusunun esasına daha yakından bakmaya başlanarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarının neler olduğu ortaya konulacak ve bu şartlar detaylı bir biçimde incelenecektir. Bu kapsamda, taraflar arasındaki borç ilişkisi, kimlerin yardımcı kişi olarak nitelendirilip kimlerin yardımcı kişi olamayacağı, yardımcı kişi olarak nitelendirilebilecek kişilerin hangi fiillerinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirmeye alınacağı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için doğrudan kendi fiilleriyle zarara sebebiyet veren kişinin ve diğer sorumlu kişilerin kusurlarına ilişkin değerlendirmeler ele alınacaktır.

B. Alacaklı ile Borçlu Arasında Bir Borç İlişkisi Olması

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından bir tanesi, yardımcı kişi kullanan ile zarara uğrayan taraf arasında bir borç ilişkisinin bulunmasıdır¹. Bu

¹ Koller, **101**, s. 37; Anton K. Schnyder, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1992, Pn. 4; Wolfgang Wiegand, **Bassler Kommentar: Obligationenrecht**, 5. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 101, Pn. 4; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 18 vd.; Christian Grüneberg, **Beck'sche Kurz Kommentare: Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch**, C. 7, 76. bs., München, C. H. Beck, 2017, § 278, Pn. 2; Georg Caspers, **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, C. 2, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2014, § 278, Pn. 7; Schmidt, **Grundlagen**, s. 517; Oser/Schönenberger, **Art. 101**, Pn. 4; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeines Schuldrecht**, 39. bs., Nördlingen, C. H. Beck Verlag, 2015, s. 208, Pn. 25; Franz Weiler, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 2. bs., Baden-Baden, Nomos, 2014, s. 249, Pn. 30; Harm Peter Westermann/Peter Bydlinski/Ralph Weber, **BGB – Schuldrecht: Allgemeiner Teil**, 8. bs., Zwickau, C. F. Müller, 2013, Pn. 6/24; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku I. Cilt: Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Sermet Matbaası, 1976, s. 834; Folkmar Koenigs, “Die Haftung für Personenschäden im deutschen Verkehrsrecht: Ein Vorschlag zur Neugestaltung”, Diss., **Zeitschrift für Verkehrswissenschaft 16. Jahrgang, Heft 1/2**, 1939,

husus madde 116'daki “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını,...*” ifadesinden de anlaşılmaktadır. Esasen bazı hallerde (borç ilişkisi) sözleşme bulunmasa da ve özellikle sözleşme öncesinde doğan yardımcı kişi fiilleri kaynaklı zararlar karşısında da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilecektir², ki bu hususa aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir³.

İlk olarak ifade edilmelidir ki, borç ilişkisinin çeşidi önem arz etmemektedir⁴. Elbette, yardımcı kişinin üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde de, haksız fiilden doğan bir borç ortaya çıkacaktır. Ancak, burada ifade edilmek istenen borç ilişkisi, yardımcı kişinin fiillerinden önce de borçlu ile alacaklı arasında söz konusu olan borç ilişkisidir⁵. İşte, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için daha önceden mevcut olan böyle bir borç ilişkisi kapsamındaki ifa faaliyetleri veya hakkın kullanılması noktasında, alacaklıya bir zarar verilmiş olmalıdır⁶. Kısacası kural olarak, taraflar arasında, yardımcı kişilerin fiilleriyle verilen zararlardan önce mevcut ve kaynağı önem arz etmeyen bir borç ilişkisinin bulunması ön koşuldur⁷.

Aşağıda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için gereken şartlardan biri olan ve ilk olarak inceleyeceğimiz “borç ilişkisinin varlığı” kapsamında incelemeler yapılacaktır.

s. 23; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 2; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 3; Nazlı Hilal Çelik, **Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 52; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 22; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430.

² Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/24; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 3; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 23.

³ Bkz. B. III: IV/B.

⁴ Koller, 101, s. 37; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 18 vd.; Claire Huguenin, **Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2012, Pn. 996; Weiler, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 30; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 3; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430; Reiner Schulze, **Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 8. bs., Germany, Nomos, 2014, § 278, Pn. 3.

⁵ Bkz. Wüstendörfer, **a.g.e.**, s. 3; Weiler, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 30; Siegfried Mennemeyer, **Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen**, Gelsenkirchen, Verlag Dr. Mannhold, 1983, s. 42; Christian Förster, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 3. bs., Heidelberg, C. F. Müller, 2015, s. 45, Pn. 164; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 5; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 3; Grüneberg, **Palandt**, § 278, Pn. 2.

⁶ Koller, **101**, s. 5; Wüstendörfer, **a.g.e.**, s. 3.

⁷ Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 3; Grüneberg, **Palandt**, § 278, Pn. 2; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 5.

1. Borç İlişkisinin İçerdiği Yükümlülükler ve Haklar

a. Yükümlülükler

(1). Edim Yükümlülükleri

Borç ilişkilerinden doğan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülükleri⁸ ve yan edim yükümlülükleri⁹ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁰. Hemen ifade etmek gerekir ise, gerek asli, gerek yan yükümlülükler bakımından, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilecektir¹¹.

Asli edim yükümlülükleri ile ifade edilen, bir borç ilişkisinin tipini belirleyen edim yükümlülükleridir¹². Asli edim yükümlülükleri bu özellikleri itibariyle, bir borç ilişkisinin tipini, niteliklerini (hukuki özelliklerini) belirleyen¹³, kısacası sözleşmedeki esas borcu teşkil eden yükümlülüklerdir. Örneklerle ifade etmek gerekirse, A kişinin, bir şeyin zilyetliğini ve mülkiyetini, karşılıksız olarak B kişisine vermesi halinde, bağışlama sözleşmesi söz konusu iken; yine A kişinin bu zilyetlik ve mülkiyeti bir (para) bedel karşılığında teslim etmeyi borçlanması halinde satış sözleşmesi, bir mal karşılığında teslim etmeyi üstlenmesi halinde ise mal değişim sözleşmesi söz konusu olacaktır¹⁴. İşte bu örnekte, bahsi geçen

⁸ “Hauptleistungspflichten”.

⁹ “Nebenleistungspflichten”.

¹⁰ Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.18 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 31 vd.; bkz. Delmere, **a.g.e.**, s. 17 vd.; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 20 vd.; İlhan Ulsan, **Özellikle Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 72, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayii A.Ş., 1990, s. 10 vd.

¹¹ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 15; Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 22; Delmere, **a.g.e.**, s. 17; Granitza, **a.g.e.**, s. 17; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 9; Karahasan, **Sözleşme**, s. 559.

¹² Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 7, Pn. 7; Delmere, **a.g.e.**, s. 17; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 20; Eren, **Genel**, s. 31; Ulsan, **a.g.e.**, s. 10.

¹³ İnc. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Cilt I, 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 4, Pn. 15 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 7, Pn. 7.

¹⁴ İnc. Halûk Nami Nomer/Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi: Özel Borç İlişkileri** Cilt I: Satış Sözleşmesi, fs. 1, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 45, Pn. 10 vd.; bkz. Ulsan, **a.g.e.**, s. 11.

değişikliklerin meydana gelmesine neden olan, diğer bir ifade ile sözleşmelerin tipini değiştiren değişken, asli edim yükümlülüğüdür. Ancak elbette, buradaki örnekten, asli edim yükümlülüğünün bedele ilişkin bir durum olduğu sonucunu çıkartmamak gerekir. Dolayısıyla, asli edim yükümlülükleri için, borç ilişkisinin hukuki özellik veya tipini belirleyen, bu ilişkiden beklenen asıl amacı simgeleyen yükümlülükler denilebilir. Belirtmek gerekir ki, asli edim yükümlülükleri, yan yükümlerden¹⁵ farklı olarak, bağımsız bir şekilde dava ve talep edilebilme özelliğine sahiptirler¹⁶. Bu sebeple, bunların yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde ihlal edilmesi ile ortaya çıkacak zararların tazmininin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında ele alınabileceğinde tereddüt yoktur¹⁷. Bununla birlikte, asli edim yükümlülüğü içermeyen borçların da mevcut olabileceğini ifade etmeliyiz, ki bunları aşağıda ele alıyoruz¹⁸.

Diğer taraftan, kanunumuzda yer alan sözleşmelerin türlerini belirleyici özellikte olan ve asli borç olarak da nitelediğimiz asli yükümlülükler yanında, bir de yan edim yükümlülükleri söz konusudur¹⁹. Örneğin, bir kira sözleşmesinde, kira bedelinin ödenmesi asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilir²⁰. Çünkü kira bedelinin ödenmesi borcu, bu sözleşmeye kira sözleşmesi niteliği kazandıran olmazsa olmaz bir unsurdur. Ancak, taraflar bunun yanında sözleşmede kiracının bahçedeki çiçeklere de bakacağını veya başka ek birkaç edimi daha yerine getirilmesi gerektiğini kararlaştırılmışlarsa, bunlar da yan edim yükümlülükleri olarak ifade edileceklerdir. Taraflar buradaki gibi, yaptıkları sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş

¹⁵ Buradaki yan yükümler, yan edim yükümlülüklerinden ayrı bir kavramdır ve aşağıda ayrıca incelenecektir. Bu sebeple edim yükümlülükleri ile karıştırılmamaları gerekir.

¹⁶ Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.19; Eren, **Genel**, s. 37 vd.; gerek asli, gerek yan borçların ve hatta dürüstlük kuralından doğan borçların, koruma borçlarının ihlali halinde TBK md. 112'nin uygulama bulacağı ifade edilmektedir, Turgut Öz, **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu – Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, md. 112, Pn. 7.

¹⁷ İnc. Granitza, **a.g.e.**, s. 17.

¹⁸ B. II: I/B/1/a/(2).

¹⁹ Delmere, **a.g.e.**, s. 18; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 20 vd.; Eren, **Genel**, s. 32; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 4 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 11, Pn. 13; Ulusan, **a.g.e.**, s. 11.

²⁰ Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 331, Pn. 11; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 8, Pn. 7; Eren, **Genel**, s. 32; Ulusan, **a.g.e.**, s. 11.

hükümlerinin dışında belirlemelerde bulunduklarında, bunlara da uyulmak gerekecek; bunlar da sözleşmenin birer parçası olacak²¹ ve ihlal edilmeleri zarar ve ardından tazminat durumlarını doğurabilecektir. Asli edim yükümlülükleri için de ifade ettiğimiz gibi, yan edim yükümlülükleri de, yan yükümlerden farklı olarak, bağımsız bir şekilde dava ve talep konusu edilebileceklerdir²². Dolayısıyla gerek asli edim yükümlülüklerinin, gerekse de yan edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi neticesinde ortaya çıkacak zararların tazmininin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusu içerisine dahil olacağı hususunda tereddüt olmayacaktır²³.

Diğer taraftan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında edimin, borçlunun bedeni veya fikri güç ve yeterlilikleri ile ifa edeceği “*şahsi*” ve malvarlığı ile ifa edeceği “*maddi*” borçlar olarak da ayrılmış şekilde bir verme veya yapma teşkil etmesi, yani *olumlu* bir edim olması veya kaçınma gibi *olumsuz* bir edim içermiş²⁴ olmasının da bir önemi yoktur²⁵. Örneğin borçlunun, sahip olduğu müzikli/yemekli işletmeyi pazar günü işletmeme borcu bulunmasına rağmen işleten işçilerinden doğan sorumluluğu ile, teslim edilmesi gereken malların teslimi için girilen fabrikada yardımcı kişilerin kullandığı kamyonun alacaklının fabrikasındaki bir makinaya çarparak zarar vermesi halindeki sorumluluk arasında bir fark bulunmayacak ve her iki halde de, edim ister olumlu isterse olumsuz olsun, yardımcı kişilerin fiillerinin sorumluluk doğacaktır.

Aynı şekilde, edimlerin alım-satım ilişkisindeki satılanın teslimi gibi ani edim (*ani edimli borç ilişkisi*), kira sözleşmesindeki kiralananın, kiracının kullanımına

²¹ Liebs, **a.g.e.**, s. 52: tıpkı “*Conventio est lex - Die Übereinkunft ist Gesetz*” ve “*Contractus ex conventionem legem accipere dinoscuntur*” şeklindeki, tarafların belirlemelerinin kanun hükmünde olduğunu ifade eden Roma hukuku özdeyişlerine paralel olarak.

²² Eren, **Genel**, s. 33.

²³ Büren, **a.g.e.**, s. 394 vd.; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 15; Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 22; Delmere, **a.g.e.**, s. 17; Granitza, **a.g.e.**, s. 17; Karahasan, **Sözleşme**, s. 559.

²⁴ Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 22; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 6 vd.; Eren, **Genel**, s. 101 vd.

²⁵ Andreas Furrer/R. Wey, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen**, 2. bs., Schulthess Juristische Medien, 2012, Art. 101, Pn. 6; Christoph Hirsch, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 10. bs., Baden-Baden, Nomos, 2017, Pn. 435.

uygun olarak sağlanması gibi sürekli edim (*sürekli edimli borç ilişkisi*)²⁶ veya kiracının aylık ödemeler halinde yaptığı ifalar gibi düzenli aralıklı edimli²⁷ olması da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından ayrıca bir hususiyet arz etmemelidir²⁸. Çalışmamızda örnekleri verileceği üzere, (sürekli edimli bir sözleşme olan kira sözleşmesinde) kiracının eşi veya çocukları gibi kişilerin kiralanan verecekleri zararlardan da²⁹, (ani edimli bir sözleşme olan satış sözleşmesinde) satıcının yardımcısının alacaklıya yönelik yanıltıcı ifade, fiziki-sözlü müdahale gibi zarar doğurucu fiillerde bulunması hallerinden de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ortaya çıkacaktır. Yine, satıcının teslim borcu ile ilgili olarak da, teslim ile görevlendirilen personelin özensiz hareketleri neticesinde şeye zarar gelmesi örnek gösterilebilmektedir³⁰. Buna karşılık örneğin, satıcının satılan şeyi bir kişiye teslim etmesi halinde, bu kişi bağımsız bir kişi ise taşıyıcının verdiği zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı (ancak seçim bakımından yine sorumlu olacağı) da ifade bulmaktadır³¹. Ancak kural olarak, bir kişinin yardımcı kişi sayılması bakımından, onun bağımlı veya bağımsız bir kişi olmasının bir önemi bulunmamaktadır³².

Bu noktada, yan yükümlülöklere³³ de değinmek gerekir³⁴. Yan yükümlerinin en

²⁶ “*Dauerschuldverhältnis*”, inc.: Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 29 vd.

²⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 10 vd.; Eren, **Genel**, s. 107 vd.

²⁸ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 437; aynı şekilde, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkinin de geçici veya sürekli olmasının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından fark yaratmadığını da belirtebiliriz, Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9.

²⁹ Inc. B. II: I/C/3/d.

³⁰ Schwarze, **a.g.e.**, s. 579, Pn. 54.

³¹ Bkz. Hartmut Oetker/Felix Maultzsch, **Vertragliche Schuldverhältnisse**, 4. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, Pn. 406.

³² Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 42; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 23.04; Becker, **Obligationenrecht**, Art. 101, Pn. 9; Brieskorn, **a.g.e.**, s. 162; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 12. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2014, Pn. 501; Mennemeyer, **a.g.e.**, s. 55; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 392, Pn. 657; Tschudi, **a.g.e.**, s. 33; Hans Altherr/Ernst Brem/Hubert Bühlmann, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1989, s. 121, Pn. 2; Tunçomağ, **Borçlar**, s. 837; Karahasan, **Sözleşme**, s. 549; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9; BGE 70 II 220.

³³ “*Nebenpflichten*”.

³⁴ Bkz. Rolf H. Weber, “Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke?”, **Freiheit und Zwang**:

belirgin özellikleri ise, edim yükümlerine bağlı olmalarıdır; ki bu nedenle, edim yükümlerinden ayrı ve bağımsız bir biçimde talep ve dava konusu edilemeyeceklerdir³⁵. Fakat, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan zararın tazmini ise elbette talep edilebilecektir³⁶. Tıpkı yukarıda³⁷ Roma hukuku uygulamasından verdiğimiz, kiracının kiralanan (sözleşmeye aykırı olarak) ot getirmesi ve bunun neticesinde de yangın çıkması olayında olduğu gibi, kira sözleşmesinin esas konusu ve karşılıklı borçlar (ot getirilip getirilmemesi değil) farklı olsa da, kiracının yapmaması gereken bir şeyi yaparak zarara sebebiyet vermesi gibi durumlarda da, yine zarardan sorumluluk ve dolayısıyla da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ortaya çıkabilecektir.

Yine örneğin bir kişi, bir arkadaşından herhangi bir eşyayı ödünç aldığı anda, bu eşyanın zamanı geldiğinde geri verilmesi gerekmesine ilişkin durum asli yükümlülükleri³⁸, ödünç alanın onu elinde bulundurduğu müddetçe koruma kapsamına ilişkin durum ise yan yükümlülükleri³⁹ teşkil edecektir⁴⁰. Elbette (eğer kullanma ve kullandırma hakkı var ise) bu şeyin kullandırıldığı bir kişiden geri alınamayıp teslim zamanının kaçırılması halinde temerrüde düşülebileceği gibi, korumaya ilişkin borcun yerine getirilmemesi durumunda ve buna bir yardımcı kişinin sebebiyet verdiği durumda ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince sorumlu olunacaktır⁴¹. Ayrıca yine, kullanma hakkı bulunmamasına rağmen, ödünç alınan şeyin ödünç alan tarafından (ister yardımcı kişisine, isterse de bir üçüncü kişiye) kullandırılması, ödünç alanın doğrudan sözleşmeyi ihlali anlamına

Rechtliche, Wirtschaftliche und Gesellschaftliche Aspekte, Festschrift für Professor Dr. Hans Giger, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1898, s. 738 vd.; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 21.

³⁵ Eren, **Genel**, s. 37.

³⁶ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 15.

³⁷ B. I: I/A.

³⁸ “Hauptverpflichtung”.

³⁹ “Nebenverpflichtung”.

⁴⁰ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 59 vd: Bunlardan ilki *echte verbindlichkeit*, ikincisi ise *unechte verbindlichkeit* olarak nitelendirilmiştir.

⁴¹ Asli edim, yan edim, yan yükümlülük, koruma yükümlülükleri vs. ayrımları yapılmasına gerek bulunmaksızın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğacağı yönünde ayr. bkz. Granitz, **a.g.e.**, s. 17.

gelecek iken, bizzat ödünç alan tarafından kullanılması konusunda izin verilmemekle birlikte yardımcı kişi tarafından kullanılan şeye ilişkin ihlal ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk yanında, koruma yükümlülüğündeki özensizliğe de dayandırılabilir. Zira, yardımcı kişi tarafından kullanılan şeyin, olaydaki kullanıma imkanının edinilmesi, ödünç alanın da rızasına aykırı ise de, aynı zamanda hakimiyet alanında gerçekleşen bir koruma yükümlülüğünün ihlali görünümündedir.

Diğer taraftan aşağıda yeri geldiğinde makinelerin borcun ifasında kullanılmaları ihtimalinde de inceleyeceğimiz üzere⁴², örneğin bir bankanın, bir işletmenin, internet üzerinden hizmet veren herhangi bir borçlunun, alacaklıyla arasında köprü vazifesi gören elektronik cihaz, yazılım, her türlü teknik husustan dolayı (örneğin kişisel bilgilerin saklanması, virüs saldırıları, üçüncü kişilerce yapılabilecek her türlü diğer müdahaleler) alacaklıyı koruması da gerekecektir; ki yan yükümlerin bir alt görünümü olarak ifade edilen koruma yükümlerinin⁴³ ihlali de, bir zarar doğurduğu durumlarda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebilir⁴⁴.

Kısacası yan yükümler, ifası değil ama tazmini dava konusu edilebilen yükümlülüklerdir⁴⁵. Ayrıca, yan yükümlülüklerin dava edilmeleri için ihlal edilmiş olmaları yetmeyecek, aynı zamanda bu ihlal neticesinde bir takım zararların da meydana gelmiş olması aranacaktır. Şöyle ki, satış sözleşmesinde, malın teslimi kadar iyi saklanmaması, bir yan yükümlülük ihlali teşkil edecektir. Ancak, bu ihlale rağmen, satılanın kusursuz bir şekilde teslim edilmiş olması durumunda ise, yan yükümlülük ihlaline ilişkin bir dava açılmayacaktır. Zira ortada tazmin edilmesi gereken bir zarar bulunmamaktadır.

⁴² Bkz. B. II: I/C/1/a.

⁴³ “*Schutzpflichten*”; bkz. Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2005, s. 339, Pn. 24; Delmere, **a.g.e.**, s. 20 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 5, dn. 14; Eren, **Genel**, s. 39 vd.; Weber, **Schutzpflichten**, s. 742 vd.

⁴⁴ Bkz. Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 22; Förster, **a.g.e.**, s. 46, Pn. 169; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht I: Allgemeiner Teil**, 20. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2012, Pn. 388; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 9.

⁴⁵ Eren, **Genel**, s. 37.

Yine Alman Hukuku'nda da varlığı kabul edilmesinin yanında, 2002 reformu ile kaleme alınan 280. paragraf⁴⁶ kapsamında olmak üzere, tarafların yalnızca üzerinde anlaşmaya vardığı, açıkça sözleşmede kararlaştırılan hükümlerin dışında, diğer bazı yan borçların da bulunduğunu ve bunların ihalinin de sözleşmeyi ihlal kapsamında değerlendirileceğini ifade etmek gerekir⁴⁷. Dolayısıyla bir evin duvarını yeşile boyaması için kendisi ile anlaşılan baycaı, duvarı yeşile boyayıp sözleşmeden doğan esas borcunu ifa etmiş olsa dahi, boyayı döküp halıya zarar vermesi veya gardrobu çizmesi nedeniyle oluşan zararlardan da, bu sözleşme ilişkisi kapsamında sorumlu olacaktır; ki bu durumda, dikkatsizlik veya özensizlik neticesinde ortaya çıkan bu zararların tazmini, daha elverişsiz haksız fiil hükümlerince değil, sözleşme hükümlerince istenecektir⁴⁸. Bu itibar ile, son örneklerde verilen zararların bir yardımcı kişinin fiillerinden doğması halinde ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden şüphe duymamak gerekir.

(2). Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç ilişkileri

Önemi itibari ile değinmemiz gereken bir diğer başlık ise edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileridir⁴⁹. Yukarıda da kısaca ifade bulduğu üzere, edim yükünden bağımsız borç ilişkilerinde, doğrudan bir edimin ifası söz konusu olmayacağından, temerrüt⁵⁰, imkansızlık⁵¹ gibi durumların ve bunlara ilişkin olarak da ifa davasının söz konusu olamayacağı ve ancak, ihlal edilmeleri nedeniyle ortaya bir zarar çıkması halinde tazmin konusu edilebilecekleri ifade edilmektedir. Bu duruma örnek olarak, evde boya işi yapmak için gelen ustanın boya işini yaparken yerdeki halıları veya diğer eşyaları da özensizlik ve dikkatsizliği sebebiyle

⁴⁶ “Schadenersatz wegen Pflichtverletzung”.

⁴⁷ Wien, **a.g.e.**, s. 98 vd.

⁴⁸ Wien, **a.g.e.**, s. 99.

⁴⁹ Ayrıca, yukarıda ifade ettiğimiz edim yükümlülükleri dışında, pozitif hukuktaki kaynağını dürüstlük kuralından aldığı ifade edilen (*weiteren Verhaltenspflichten*) diğer davranış yükümlerine ilişkin olarak da kısaca bkz. Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 21.

⁵⁰ “Verzug”.

⁵¹ “Unmöglichkeit”, inc. Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 132.

kirletmesi durumu gösterilebilmektedir⁵². Dolayısı ile de böyle bir örnekte, boya yaparken halılara zarar veren kişinin, boyacının veya bir tüzel kişinin yardımcı kişisi olduğu varsayımında da, bu kişinin verdiği zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlere gitmek mümkün olacaktır.

Yine bunların dışında dürüstlük kuralından⁵³ doğduğu ifade edilen borçlar bulunmaktadır ki, bu kısma ilişkin açıklamalar, aşağıda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğrudan ve kıyasen uygulanmasına ilişkin başlık altında bulunmaktadır. Bu sebeple şu noktada oraya atıf yapmakla yetiniyoruz⁵⁴.

(3). Külfetler

Külfetler ise borçlardan farklı bir kavramı ifade etmektedir⁵⁵. Borçlardan farklı olarak külfetler, kural olarak yerine getirilmediğinde, yerine getirmeyen tarafın hukuksal bir sorumluluk altına girmesine neden olmazlar⁵⁶. Bunların yerine getirilmemesinin yaptırımını ise sahip olunan bir imkanın kaybedilmesi veya sahip olunması planlanan bir imkanın elden geçirilmesi⁵⁷.

Örneğin, TBK md. 223'de⁵⁸ olduğu üzere alıcı, satın aldığı şeyi uygun bir

⁵² Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 14.

⁵³ “*Treu und Glauben*”, Rumpf, **a.g.e.**, § 5, Pn. 3; ayr. bkz. Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 28 vd.; BGB § 242.

⁵⁴ İnc. B. III: IV/B.

⁵⁵ Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.27 vd.; Erol Cansel/Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 68, Pn. 137; Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında bkz. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 24; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 32, Pn. 54.

⁵⁶ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 68, Pn. 137.

⁵⁷ Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.27; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 32, Pn. 54; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 85.

⁵⁸ Bkz.: TBK md. 223: “*Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır.*

Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.”

zamanda ve uygun bir surette gözden geçirmez veya gözden geçirmekle birlikte farkına vardığı ayıpları uygun zaman zarfında satıcıya veya yetkili temsilcisine bildirmezse, malı o haliyle kabul etmiş sayılacak ve kanunun ayıplı satılan karşısında kendisine verdiği seçimlik hakları kullanamayacaktır⁵⁹. Buradaki külfetler ise gözden geçirme (*muayene*) ve bildirim (*ihbar*) külfetleri⁶⁰ olarak adlandırılır⁶¹. Bu külfetler birer borç teşkil etmemektedirler⁶², ki bu sebeple örneğin, satıcı da bunların yerine getirilmesi için dava açamaz⁶³.

Paralel bir durum sigorta sözleşmeleri⁶⁴ üzerinden de örneklendirilebilir⁶⁵. Örneğin TTK md. 1446'ya⁶⁶ göre, riziko gerçekleştikten sonra sigortacıya uygun zamanda bildirimde bulunmadığı takdirde, sigorta ettiren kişi bazı haklarını

⁵⁹ Jan Bohnstedt, **Vertragsrecht im Einkauf**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2012, s. 195; Ancak bu külfetlerin tüm satımları kapsayacak şekilde düzenlenmesinin, Avrupa'daki adi satım ve tüketici satımlarında külfetlerden vazgeçilmesine ilişkin yönelimin dışında kaldığına ilişkin olarak bkz. Bilgehan Çetiner, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar Ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 67, S. 1-2, 2009, s. 106 vd.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 76 vd.; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 68, Pn. 137.

⁶⁰ "Untersuchungsobliegenheit und Rügeobliegenheit".

⁶¹ Bohnstedt, **a.g.e.**, s. 195; ayr. bkz. Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.28; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 128; Gümüş, **a.g.e.**, s. 76 vd.

⁶² Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 132.

⁶³ Lena Rudkowski, **Wirtschaftsrecht: BGB AT, Schuldrecht, Sachenrecht**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2016, s. 100; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 68, Pn. 137; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 132.

⁶⁴ "Versicherungsvertrag"; Esasen "Külfet" kavramının, sigorta hukukundan borçlar hukuku sahasına aktarılan bir kavram olduğuna ilişkin olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 32, Pn. 54.

⁶⁵ Bkz. Jan Dirk Harke, **Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft: Besonderes Schuldrecht**, Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2011, s. 137, Pn. 168 vd.; Dirk Looschelders, "Rettungsobliegenheit des Versicherungsnehmers und Ersatz der Rettungskosten nach dem neuen VVG", **Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag**, Berlin - Heidelberg, Springer-Verlag, 2009, s. 838; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.28.

⁶⁶ "Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir.

Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir.

Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, ikinci fıkra hükmünden yararlanamaz."; ayr. krş. TTK md. 1475.

kaybedebilecek, tazminattan indirim yapılabilir⁶⁷. Bu gibi külfetler, tarafların yardımcıları tarafından da ihlal edilebilir⁶⁸. Külfet boyutunu aşır bir borç olarak ele alınan durumların ihlal edilmesi halinde ise, burada örneğin sigortacı, fesih⁶⁹ hakkı dahil olmak üzere haklarını kullanabilecektir; ki bu örnekte, tarafların birbirlerine karşı borçlarını ifa için kullandıkları yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı da, TBK md. 116 uygulanabilecektir⁷⁰. Örneğin, zararın kapsamını ve sigortacılık faaliyetleri gereği araştırmalarını yapmak⁷¹ için görevlendirilen bir personelin, sigorta edilen şeye veya sigorta sahibinin bir başka değerine zarar verdiği durumda, TBK md. 116 hükümlerince sigorta şirketinin ayrıca sorumlu olması gerekir⁷².

⁶⁷ Aynı şekilde, rizikoyu artırıcı durumların bildirilmesi veya çifte sigorta gibi durumlar için bkz. Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.28.

⁶⁸ Ayr. inc.: Bernward Schürmann, **Die Anwendbarkeit des § 278 BGB im Rahmen von Obliegenheiten und des § 61 VVG**, Diss., Holzwickede, 1972, s. 151 vd.; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 24; Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından ele alınamayacağına dair bkz. Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 9.

⁶⁹ “Kündigung”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 179.

⁷⁰ TTK md. 1451: “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde sigorta sözleşmesi hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*”; ayr. bkz. Looschelders, **Rechtssobliegenheit**, s. 838 vd.; aksi olarak inc. Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 9.

⁷¹ Bkz. TTK md. 1447: “*Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve sigorta ettirenden beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya makul bir süre içinde sağlamak zorundadır. Ayrıca, sigorta ettiren, aldığı bilgi ve belgenin niteliğine göre, rizikonun gerçekleştiği veya diğer ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermekle ve kendisinden beklenen uygun önlemleri almakla yükümlüdür...*”.

⁷² Ancak Yargıtay’ın, eksper gibi kişileri yardımcı kişi olarak değerlendirmede de görülmektedir. Bkz. Yarg. 11. HD, 23.11.2015 T., 2015/5154 E., 2015/12396 K.: “...Dava, Devlet Destekli Hayvan Sigorta Poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde davanın kabulüne karar verilmişse de, Sigorta Eksperleri Yönetmeliği’nin 21 vd. maddeleri uyarınca, eksperler sigorta şirketlerinin personeli olmayıp konu ile ilgili yasal mevzuat çerçevesinde gerekli eğitimlerden geçerek eksperlik yapmaya hak kazanmış ve ruhsat almış kişilerden oluşurlar. Yaptıkları işin mahiyeti gereği de serbest meslek erbabıdır. Bu itibarla görevlendirilen eksperin sigorta şirketi ile arasında 6098 Sayılı TBK’nın 66. ve 116. maddeleri anlamında adam çalıştırma ve yardımcı kişi ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece, aktedilen sigorta poliçesi ile poliçe genel ve özel şartlarının değerlendirilerek hasarın teminat altında bulunup bulunmadığının tespiti ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” (KİB), ancak aynı kararın karşı oyunda ise “...Dairemiz çoğunluğu tarafından, sigorta şirketi adına faaliyet icra eden sigorta eksperinin serbest meslek erbabı olduğu, sigorta şirketi ile sigorta eksperisi arasında adam çalıştırma ve yardımcı kişi ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiş ise de bu görüş katılmıyorum...6102 S. TTK’nın 1427.maddesi uyarınca, rizikonun gerçekleştiği düşüncesinde olan sigortalının yükümlülüğü rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbarla sınırlıdır. Böyle bir ihbarda

Benzer bir şekilde, Türk Sivil Havacılık Kanunu md. 128 uyarınca, bagaj veya yükün, bunları teslim alacak kişiler tarafından itiraz ileri sürülmeksizin teslim alınmalarının, teslim alınan şeylerin uygun durumda olduklarının karinesi olduğu⁷³, ayrıca aynı maddede belirtilen sürelerde⁷⁴ yapılmayan ihbar bildirimleri neticesinde, taşıyıcıya karşı dava açma imkanının yitirileceği düzenlenmektedir⁷⁵.

Görüldüğü üzere, kural olarak külfetlerin yerine getirilmemesi, borçların gereği gibi ifa edilmemesinden farklı olarak, yerine getirmeyenin bir sorumluluğunun doğmasına yol açmamakta, ancak bazı haklarının kaybedilmesine neden olabilmektedir⁷⁶. Elbette külfetler yalnızca sözleşmenin tarafları eliyle yerine getirilmezler. Tarafların yardımcı kişileri de (bir bildirimin yapılması veya şeyin basit bir incelemeyle kontrol edilmesi gibi) külfetlerin yerine getirilmesi bakımından özne durumunda olabilirler. Hatta büyük ölçekli işlerde olağan durumun, esasen yardımcı kişilerin bu külfetlerle doğrudan muhatap olması olduğunu, ifade edebiliriz⁷⁷.

bulunulduktan sonra, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma yükümlülüğü sigortacıya aittir...Sigorta şirketinin, kendisinin araştırma yükümü çerçevesinde, anlaştığı sigorta eksperini görevlendirerek davacının başvuru dosyasını inceletmiş olması sebebiyle aralarında vekalet ilişkisi bulunmaktadır. Asil, vekilinin iş ve eylemlerinden dolayı sorumludur...Davacı ile davalı arasında sigorta şirketi arasında sözleşme ilişkisi bulunması nedeniyle, davalı sigorta şirketinin vekili, kendisinin yardımcı kişisidir. Yardımcı kişinin gerçeğe aykırı eylemleri nedeniyle, yardımcı şahsı çalıştıran davalı sigorta şirketi BK 100 (TBK 116) maddesi kapsamında sorumlu olup, sonucu itibarıyla bu doğrultuda değerlendirme yaparak davanın kabulüne karar veren yerel mahkeme kararı doğrudur...” şekilde ifade edildiği üzere, kanaatimizce de bu tarz kişilerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında yardımcı kişi sayılmaları gerekir.

⁷³ Md. 128/1: “Yolcu bagajının veya yükün, bunları teslim almaya yetkili kişi tarafından itiraz edilmeden kabulü, taşıma belgesine uygun olarak ve iyi durumda teslim edildiklerine karine teşkil eder.”.

⁷⁴ Md. 128/2: “Hasar halinde, teslim almaya yetkili kişi tarafından hasarın öğrenilmesinde derhal ve teslimlerinden itibaren yolcu bagajı için en geç yedi gün içinde ve yük için en geç ondört gün içinde taşıyana ihbarda bulunulması gerekir. Gecikme halinde ihbar, bagajın veya yükün tesliminden itibaren en geç yirmibir gün içinde yapılmalıdır.”.

⁷⁵ Md. 128/4: “İkinci fıkrada belirtilen sürelere uyulmaması halinde, hileli davranması hali hariç, taşıyıcı aleyhine dava açılmaz.”.

⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 32, Pn. 54.

⁷⁷ Dolayısıyla külfetler, borçlu/alacaklının bizzat kendisi veya kendi yardımcı kişisi aracılığıyla ihmal ve ihlal edilebilecekleri için, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa yol açmayacaktır. Bu durumda, külfeti ihlal eden yardımcı kişiye, yardımcı kişi ve onu kullanan (yani külfeti yerine getirmeyen taraf) kendi iç ilişkisinde bu duruma katlanacaklardır.

Ancak külfetler ile ilgili bir diğer ihtimal ise kaçınma haline uymamak ile ifade edilebilmektedir⁷⁸. Burada, kendi üzerinde kaçınma külfeti bulunan tarafın bunu ihlal etmesi halinde, kaçınmamaya bağlanan sonuçlar meydana gelecektir. Örneğin, bozucu veya geciktirici koşula bağlı sözleşmeler bakımından, tarafların bu koşulların oluşumuna dürüstlük kuralına aykırı şekilde müdahale etmelerinin sonuçları, kanunda açıkça ifade edilmiştir⁷⁹. İşte buradaki dürüstlük kuralına aykırı müdahalelerin yardımcı kişiler tarafından yapılması halinde de, yardımcı kişisi müdahalede bulunan taraf, bu maddeye göre, ortaya çıkan duruma katlanmak zorundadır⁸⁰. Zira, kimsenin kendi hatasından faydalanamayacağı, Roma hukukundan günümüze uzanan ilkelerden bir tanesidir⁸¹. Dolayısıyla, külfetlere ilişkin verebileceğimiz bu örnekte ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğurabileceklerini görmekteyiz⁸².

Yine kanun koyucuların göz önüne aldığı bir diğer durum ise, alacaklıyı oluşabilecek zararlardan dolayı uyarmak amacıyla gerçek olmayan bir yükümlülük⁸³ yüklenmiş olmasıdır⁸⁴. Böyle bir durumda, gerçek olmayan yükümlülüğü yerine getirmek maksadı ile kullanılan kişilerin fiillerinden dolayı da, yardımcı kişilerin

⁷⁸ Bkz. Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 433 ve dn. 19; ayr. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 22.

⁷⁹ TBK md. : “Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.

*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır.”; Dolayısıyla ve ancak tarafların koşulların gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi için hiçbir müdahalede bulunamayacaklarının söylenemeyeceğini de, hemen bu noktada eklemeliyiz. Bu müdahale ve çabaların sınırları ise anlaşma, işin niteliği ve dürüstlük kuralı hususları çevresinde ele alınacaktır. Bkz. Emrehan İnal, “Koşullar”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 26-27 Mayıs 2012, s. 83.*

⁸⁰ Şenocak, **Yardımcı**, s. 295 vd.; inc. Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1002.

⁸¹ Bkz.: Georg Frederick Wharton, **Legal Maxims: With Observations and Cases**, Cornell Law School Library, London, Printed by Horace Cox, 1865, s. 123, Mx. 62: “Nullus commodum capere potest de injuria sua propria - No one can take advantage of his own wrong”.

⁸² Yine bu paralelde, kira sözleşmesinde kiracının süre sebebiyle sözleşmeyi feshetmek için uyması gereken sürele uymamasına ilişkin bir örneğin verildiğini de ekleyebiliriz. bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 295; TBK md. 347: “Konut ve çatılı işyeri kiralarda kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır....”; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 24.

⁸³ “unechte Verbindlichkeit”.

⁸⁴ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 57.

fiillerinden sorumluluğun uygun düştüğü ölçüde değerlendirme bulabileceği ifade edilmektedir⁸⁵. Doktrinde de, bir külfetin yerine getirilmesi konusunda kullanılan yardımcı kişilerin fiillerinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları kapsamında nazara alınabileceği belirtilmektedir⁸⁶. Bu itibarla, yardımcı kişilerin bir külfeti yerine getirmemesi, kural olarak alacaklının kendi iç ilişkisinde muhatap olacağı bir durum olmakla beraber, somut olayda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun diğer şartları gerçekleşmiş olması durumunda, bu külfetleri yerine getirmek için kullanılan yardımcılarından dolayı da sorumluluk doğabilecektir.

Ayrıca, yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olan borçlunun tazmin sorumluluğunu azaltıcı etkide bulunan ihtimallerden olan, alacaklının veya yardımcıların ortak kusuru bulunması, zararı artırıcı davranışlarının söz konusu olması⁸⁷ gibi hallerin de, külfet başlığı altında değerlendirilebileceği ifade edilebilmektedir⁸⁸. Ortak kusurun tazminat miktarına etkisi hususuna ise üçüncü bölümde değineceğiz.

b. Haklar

Borç ilişkisinin içerdiği hakları ise aşağıda asli haklar, yan haklar ve tali haklar olarak incelememiz mümkün olacaktır.

(1). Asli Haklar

Borç ilişkisinin içerdiği haklardan asli haklar, alacak haklarıdır ve borçlunun borçlandığı şeyin ifasını talep yetkisi verirler⁸⁹. Borç ilişkisinden doğan asli (alacak) haklar, aynı zamanda nisbi haklar olarak nitelendirildiklerinden dolayı, yalnızca borç

⁸⁵ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 57.

⁸⁶ Ernst Wolf, **Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil**, C. I, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1978, s. 451; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 21; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 6.

⁸⁷ İnc. Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 68, Pn. 137.

⁸⁸ Nomer, **Tazminat**, s. 85.

⁸⁹ Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 13; Eren, **Genel**, s. 28; inc. Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 68, Pn. 138.

ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülebilirler⁹⁰. Örneğin kira sözleşmesinde kiraya verenin kira bedeli üzerindeki hakkı bir asli haktır. Aynı şekilde, kiracının kullanma hakkını da örnek verebiliriz.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, gerek İsviçre gerekse de Türk kanun koyucuları, yardımcı kişilerin fiillerinde sorumluluk bakımından zarar verici eylemlerin yalnız bir borcun yerine getirilmesi esnasındaki gerçekleşen eylemlerle sınırlı olacağını düzenlememiştir. Bu bakımdan örneğin, bir kira sözleşmesinde kiracının, kullanma hakkından yararlanırken yardımcısının verdiği zararlardan da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esaslarına göre sorumlu olabileceği bir çerçeve düzenlenmiştir.

Somut olaylarda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanmasını gerektirecek durumların çok büyük bir çoğunluğunun, bir borçlunun borcunu ifa ederken kullandığı yardımcı kişilerin fiilleri neticesindeki zararlardan meydana geleceği aşikardır. Ancak, bir hakkın kullanılması suretiyle de aynı sorumluluğun doğabileceğinin farkında olmak gerekir. Bu sebeple, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun bir hakkın kullanılması neticesinde ortaya çıkmasının, olabildiğince geniş değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece, zarar gören tarafın daha iyi bir koruma imkanından faydalanması sağlanabilir.

⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 14 vd.; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 15, Pn. 23; Eren, **Genel**, s. 28; ayr. bkz. Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 4.06 vd.; YHGK, 27.06.2001 T., 2001/13-497 E., 2001/566 K.: “...Borç ilişkisinde doğan haklar (alacak hakkı) sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Zira sözleşmeler sadece akit taraflar arasında hüküm ifade eder. Üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen alacak hakkı (şahsi hak-nisbi hak) ile aynı haklar arasındaki bu fark mevzuu bir şeyin teslimine taalluk eden alacaklarda açık olarak kendisini gösterir. Kira sözleşmesinde durum böyledir. Kiracı ancak taşınmaz kendisine teslim edildiğinde (zilyet olduğunda) bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir. Bir alacağın üçüncü kişilere karşı kullanılabilmesi ancak istisnai hallerde mümkündür. Sözleşmeden doğan Şufa, iştira, vefa ve kira sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi halinde alacak hakkı kısmen mutlak hak haline gelebilmektedir. Bu halde alacak hakkı şeyin sonraki müktesibine karşı ileri sürülebilir.

Borç ilişkisi (kira sözleşmesi) sadece alacaklı ile borçlu (kiraya veren-kiracı) arasında nisbi sonuçlar doğurduğundan, üçüncü kişilere borç (yükümlülük) yüklenmediğinden ilke olarak üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmezler. Bu bakımdan alacak hakkının üçüncü kişi tarafından ihlali Borçlar Kanununun madde 41/I anlamında hukuka aykırılık oluşturmaz. Başka bir anlatımla bu halde haksız iilin "hukuka aykırılık koşulu" oluşmamaktadır. Bu itibarla Borçlar Kanununun madde 41/I uyarınca üçüncü kişiden tazminat talep etme imkanı bulunmamaktadır...” (KİB).

(2). Yan (Fer'i) Haklar

Borç ilişkisinin içerdği haklardan bir diğeri ise yan (Fer'i) haklardır⁹¹. Yan haklar ise kendi içerisinde, alacak hakkını genişleten yan haklar ve alacak hakkını garanti eden yan haklar olmak üzere ikiye ayrılmıştır⁹².

Alacak hakkını genişleten yan haklara, gecikme tazminatı, faiz ve ifaya eklenen ceza koşulu örnek verilebilirken; alacak hakkını garanti eden yan haklara ise rehin, kefalet ve hapis hakları örnek gösterilebilecektir⁹³.

(3). Tali (İkincil) Haklar

İkincil haklar olarak da isimlendirilen tali haklar ise yukarıda belirtilen yararlanma haklarını, “kurmak”, “değiştirmek”, “devretmek”, “ortadan kaldırmak” gibi şekillerde etkileyen düzenleme haklarıdır⁹⁴. Bu konuda, yenilik doğurucu hakları ve def'i haklarını örnek olarak verebiliriz⁹⁵.

2. Borç İlişkisinin Kaynakları

a. Genel Olarak

Borcun kaynakları konusunda en eski belirleme, Gaius'un Institutiones'inde “*Her borç ya bir akitten veya bir haksız fiilden doğar*” denilerek yapılmış ve borcun

⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 14.

⁹² Eren, **Genel**, s. 29.

⁹³ İnc. Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 231, Pn. 25; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 14 vd.; Yarg. 10. HD, 14.03.2017 T., 2015/11162 E., 2017/2163 K.: “...Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.03.2006 tarihli ve 2005/10-755 Esas, 2006/32 Karar sayılı ilamında ayrıntıları açıklandığı üzere; bir borç ilişkisi, asıl hakla birlikte bazı fer'i hakları da içerir. Borç ilişkisinin içerdği asıl hak, alacak hakkı; fer'i haklar ise, cezai şart, faiz, kefalet, rehin, hapis hakkı gibi haklardır.

Fer'i haklar, borç ilişkisinin içerdği alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir. Asıl borca bağlı, asıl borç mevcut ve geçerli olduğu sürece geçerli olup, asıl alacak ile birlikte doğar, varlığını sürdürür, onunla birlikte sona ererler...” (KİB).

⁹⁴ Eren, **Genel**, s. 29; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 225, Pn. 11a.

⁹⁵ İnc. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 7, Pn. 6 ve dn. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 16 vd.

kaynakları olarak bir sözleşme veya haksız fiilin varlığı gösterilmiştir⁹⁶. Digesta'nın ise Institutiones'te bulunan bu iki kaynağa, “*Borçlar ya bir akitten, ya bir haksız fiilden veyahut da diğer çeşitli sebeplerden doğarlar.*” ibaresiyle, belirsiz üçüncü bir borç kaynağı daha ilave ettiği belirtilmektedir⁹⁷. Nihayet Justinianus'un Institutiones'inde borcun kaynakları sözleşme (*contractus*), sözleşme benzeri (*quasi contractus*), haksız fiil (*maleficium veya delictum*) ve haksız fiil benzeri (*quasi maleficium veya quasi delictum*) şeklinde bir sınıflandırmayla dört ana başlıkta gösterilmiştir⁹⁸.

İsviçre ve ona bağlı olarak da Türk Hukuku'nda ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, borç ilişkisinin kaynakları olarak *sözleşme* (md. 1-48), *haksız fiil* (md. 49-76)⁹⁹ ve *sebepsiz zenginleşme* (md. 77-82) olmak üzere üçlü bir ayırım takip ettiği görülmektedir¹⁰⁰. Buradaki, sebepsiz zenginleşme kaynağını ele alan ilk kanunun ise, İsviçre Medeni Kanunu olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹. Ancak yalnızca bu üçlü ayırım, borcun kaynakları olarak konumuzun sınır ve kapsamını belirlememektedir¹⁰². Zira, kanuni borçlar (*obligations légales*) ya da (*obligationes ex lege*) kanundan doğan borçlar olarak isimlendirebileceğimiz borçlar da bulunmaktadır¹⁰³. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan *vekaletsiz iş görme*¹⁰⁴ veya Türk Medeni Kanunu'nda yer alan

⁹⁶ Bkz.: Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, 12. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 39.

⁹⁷ Bkz.: Rado, **a.g.e.**, s. 40.

⁹⁸ Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. bs., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s. 59 vd.; Rado, **a.g.e.**, s. 40; Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, 7. bs., Konya, Sayram Yayınları, 2017, s. 11; ayr. Renner, **a.g.e.**, s. 26.

⁹⁹ Ayr. inc. Koç, **a.g.e.**, s. 1669 vd.

¹⁰⁰ Halûk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 29, Pn. 15; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 54; Hasan Pulaşlı/Ömer Korkut, **Temel Hukuk**, 14. bs., Adana, Karahan Kitabevi, 2014, s. 66; Karahasan, **Sözleşme**, s. 59.

¹⁰¹ Schwarz, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁰² Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarım, 4. bs., İstanbul, Der Yayınları, 1986, s. 49.

¹⁰³ Ataay, **a.g.e.**, s. 49 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 54; Örneğin, nafaka borcunun ifasının bir yardımcı kişiye bırakılmış olması için bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; aynı yönde örnek için bkz. Karahasan, **Sözleşme**, s. 544.

¹⁰⁴ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 39.

yardım nafakası buna örnek verilebilir¹⁰⁵. Örneğin, vekaletsiz iş görme ilişkisinin bir sözleşme ilişkisi olmadığı, ancak bir borç kaynağı olarak nitelendirileceği, zira iş görenle iş sahibi arasında bir kanuni borç ilişkisi kurulduğu ifade edilmektedir¹⁰⁶. Buradaki vekaletsiz iş görme kurumunun da, yine Roma hukuku kaynaklı olduğunun belirtildiğini atlamamak gerekir¹⁰⁷. Yine Alman Hukuku'nda ise borcun kaynağı olarak, “*hukuksal işlemlerden doğan borç ilişkileri*”, “*kanundan doğan borç ilişkileri*”, “*güven sorumluluğu*” ve “*fiili sözleşme ilişkileri*” olmak üzere dörtlü bir ayrımın varlığı ifade edilmektedir¹⁰⁸.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında borcun kaynaklarına giriş yapmadan önce eklemek gerekirse, borcun kaynakları kavramındaki borç ile anlaşılması gerekenin geniş anlamda borç olduğu¹⁰⁹ ve dar anlamda borç kavramına ise geniş anlamda borcun ürünleri gözüyle bakılması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁰.

Son olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarından birisi olan, borç ilişkisinin mevcut olması şartının, yardımcı kişi olarak nitelendirilebilecek kişilerin karşı tarafa vermiş oldukları zarardan önce mevcut olması aranacaktır¹¹¹. Dolayısıyla borç ilişkisinin yardımcı kişinin vermiş olduğu zarar neticesinde doğmuş olması durumu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilmeyecektir¹¹². Böyle bir durumda, ya yardımcı kişinin kendi fiillerinden doğan haksız fiil sorumluluğu ya da şartları oluşmuş ise TBK md. 66'daki adam çalıştıranın sorumluluğu somut olayda gündeme gelebilecektir.

Aşağıda sırasıyla borcun kaynakları sistematigi takip edilmek suretiyle,

¹⁰⁵ Nomer, **Genel**, s. 29, Pn. 15; Ataay, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁰⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 829.

¹⁰⁷ Schwarz, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁰⁸ Bkz.: Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 53, dn. 44; Nomer, **Genel**, s. 30, Pn. 15; ayr. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 70, Pn. 1.

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 70, Pn. 1.

¹¹⁰ Ayr. Harke, **Allgemeiner Teil**, P. 16 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 70, Pn. 1; ayr. inc. Ataay, **a.g.e.**, s. 31 vd.

¹¹¹ Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 2, 3.

¹¹² Şenocak, **Yardımcı**, s. 57 vd.

yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun borç ilişkisinin mevcudiyetine ilişkin şartı incelenecektir¹¹³.

b. Hukuki İşlemden - Özellikle Sözleşmeden Doğan Borçlar

Borç ilişkisinin kaynakları bakımından değerlendirme konusu olarak ele alacağımız ilk başlık, hukuki işlem ve esasen pratik yaygınlığından ötürü sözleşmelerdir¹¹⁴. Konumuz bakımından da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun en çok ortaya çıktığı borç ilişkileri, sözleşmeler (ve sözleşme öncesi¹¹⁵) kapsamındaki borç ilişkileri olacaktır¹¹⁶. Bu noktada, sözleşme türünün kural olarak herhangi bir farklılık arz etmeyeceğini de ifade etmek gerekir¹¹⁷. Zira, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin maddede herhangi bir aksi ibare de bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucunun özel olarak düzenlediği bazı sözleşme türlerinin ve bunlara ilişkin durumların, kendine özgü kurallar içermeleri nedeniyle, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddelerinde çakışma olması halinde, önce o hükümlere gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸.

Diğer taraftan, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği, kanunda düzenlenmiş sözleşme türlerinden biri olup olmaması veya her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup olmaması¹¹⁹ da önem arz etmemelidir. Dolayısıyla, bir kafede, lokantada yemek yiyen kişiler, burada çalışanların fiillerinden dolayı yardımcı

¹¹³ Sorumluluğun kaynakları (veya temel sebepleri) üst başlığı altında “haksız fiil”, “sebepsiz zenginleşme”, “sözleşmeye aykırılık” ve “vekaletsiz iş görme” kavramlarının bulunduğu bir sınıflandırmanın da yapılmış olduğunu ekleyebiliriz., bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 20.

¹¹⁴ Şenocak, **Yardımcı**, s. 58; Karahasan, **Sözleşme**, s. 63; sözleşmeler hususu için ayr. inc. Bucher, **a.g.e.**, s. 97 vd.

¹¹⁵ Eugen Klunzinger, **Einführung in das Bürgerliche Recht**, 16. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2013, s. 305.

¹¹⁶ Şenocak, **Yardımcı**, s. 58; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 22; Klunzinger, **a.g.e.**, s. 305; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1002.

¹¹⁷ Koller, **101**, s. 37.

¹¹⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 59, dn. 6.

¹¹⁹ Bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 45; TBK md. 285: “Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir...”.

kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden yararlanabildikleri gibi¹²⁰, örneğin, davet edildiği kamuya açık, ücretsiz bir yemek organizasyonuna giden kişiler için de, organizasyon sahibi kişinin kullandığı yardımcı kişilerin vereceği zararlardan ötürü, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulanabilmelidirler. Ancak bu son örnekte, işin yararı değerlendirildiğinde, TBK md. 114'teki "*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir...*" hükmü gereğince de, sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmek gerekir¹²¹. Gerçi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta borçlunun kusuru aranmıyor olsa da¹²² son cümlelerin bizim kastettiğimiz anlamda da burada geçerli olması gerekir.

Buradaki sözleşme ilişkilerini geniş anlamda kabul etmek ve yardımcı

¹²⁰ Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 86; Hatta burada yemek yiyen kişiyle birlikte kafe, restoran gibi bir yerde oturan, ancak bir şey yemek niyetinde olmayan kişi dahi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi yardımıyla sözleşmesel korumadan yararlanacaktır, ki aşağıda bu konuya ayrıntılı olarak değineceğiz., bkz. B. III: IV/B/3.

¹²¹ Ayr. inc. YHGK, 19.09.2012 T., 2012/12-311 E., 2012/7599 K.: "...B.K.nun 43/1. maddesinde; "Hakim, olayların özelliklerine ve durumun gereğine göre zararın miktarını tesbit eder hükmü yer almaktadır. Madde kapsamındaki özel haller arasında; zararın meydana gelmesine veya artmasına kısmi veya ortak sebep olarak umulmayan hallerin katkıda bulunması; zarar verici olaydan failin de zarar görmesi veya böyle bir olayın, failin zarar gören yararına bir davranışta bulunduğu sırada meydana gelmesi gibi haller gösterilebilir. Zararın oluşum veya artmasına katkıda bulunan bu tür olaylar da zarar gören aleyhine tazminattan indirim sebebi olarak gözönünde tutulur (Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1,1998, 6. Bası, sy;763).

Gerçekten zarar, zarar verenin zarar gören yararına yaptığı bir fiil, bir iş sonunda meydana gelmişse, hakim, bu durumu da gözönünde tutarak, tazminattan indirim yapabilir. Hakim, olayın özelliğini gözönünde tutarak ya tazminatı tamamen reddeder ya da tazminattan indirim yapar.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut uyuşmazlığın değerlendirilmesinde: davacılar tarafından aralarındaki akrabalık ilişkisinin doğurduğu güvenle amcaları olan davalıya tarafların müşterek hisseli taşınmazının satışı hususunda vekaletname verdikleri, 190.000 TL olan satış bedelinin davalıya ait otomobilin bagajında muhafaza edilirken çalındığı, taşınmazın satış bedelini yanında değil, otomobilin bagajında bırakan vekilin özen borcunu gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle davacılar karşı sorumlu olduğuna dair kabulde isabetsizlik bulunmamaktadır. Ne var ki, mahkemece tazminat miktarı belirlenirken: vekilin, davacıların yararına olan taşınmaz satışını gerçekleştirmeye yönelik işi ücret almadan, menfaat sağlamadan kabul etmesi, kendisinin de bu eylemden zarar görmüş bulunması gibi hususları gözetilerek özen yükümlünün hafifletirilmesine dair B.K.nun 98. maddesinin yollaması ile 43. maddesi değerlendirilmek suretiyle uygun bir tazminata hükmetmesi gerekir..." (KİB).

¹²² Wolf, **a.g.e.**, s. 450; Rudkowski, **a.g.e.**, s. 128; Viktor Loewenwarter, **Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 2. bs., Berlin, Carl Lehmanns Verlag, 1928, s. 69; Grieder, **a.g.e.**, s. 89; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 1; Knütel, **a.g.e.**, s. 407; Karahasan, **Sözleşme**, s. 560; Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 24.

kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından, alacaklının korunması maksadıyla, diğer alt sözleşmelerin de sorumluluk kapsamında olduğunu ifade etmek gerekir. Şöyle ki, bir eser sözleşmesinde esas yüklenici, kendi emri altında çalıştırdığı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olduğu gibi¹²³, işin bir kısmını devrettiği alt yüklenici ile onun adamlarının ve hatta bu alt yüklenicinin de işi devrettiği bir alt derecedeki yüklenicinin çalışanlarının fiillerinden de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü gereği sorumlu tutulacaktır¹²⁴.

Alt yüklenici silsilesi altında ifade ettiğimiz bu sorumluluğun, birden fazla yüklenicinin aynı işi birlikte yüklenmeleri halinde de uygulanacağı, bu nedenle her bir yüklenicinin hem kendi çalışanlarının hem de diğer yüklenicilerin çalışanlarının fiillerinden dolayı sorumlu olacağı da ifade edilmektedir¹²⁵. Dolayısıyla böyle bir durumda, işi beraber üstlenen kişiler, yalnızca kendi tabiyetindeki yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zararlardan sorumlu olduklarını iddia edemeyecekler ve tıpkı kendi yardımcılarında sorumlu oldukları gibi, diğer yüklenicilerden ve dolayısıyla da onların yardımcı kişilerin de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esaslarınca sorumlu olacaklardır¹²⁶.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu son ihtimalde yüklenicilerden birinin (aynı işi taahhüt etmekle birlikte) tamamen iş sahibinin talimatları altında ve diğer yüklenicilerden bağımsız hareket ettiği durumlarda, o yükleniciden doğacak sorumluluğu iş sahibinin ve o yüklenicinin riziko sahasına bırakmak gerekir¹²⁷. Aynı

¹²³ Götz-Sebastian Hök, **Handbuch des Internationalen und Ausländischen Baurechts**, 2. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2012, s. 275.

¹²⁴ Şenocak, **Yardımcı**, s. 60.

¹²⁵ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 183; Şenocak, **Yardımcı**, s. 60.

¹²⁶ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 183.

¹²⁷ Ayr. inc. Yarg. 7. HD., 30.03.2010 T., 2009/8432 E., 2010/1773 K.: “...İddia ve savunmaya, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere, bu yolla saptanan dava niteliğine ve özellikle iddia ve savunmanın kıymetlendirilmesi yönünden bilgilerine başvurulmuş ve hükme dayanak yapılan uzman bilirkişi raporunun niteliği, içeriği ve dosya kapsamında toplanıp değerlendirilen delillere, delillerin takdir, tahlil ve tartışımına ilişkin hükümde gösterilen gerekçelere, davacı tarafından kusursuz olduğunun belirlenmesine, iş sahibi davalı İ... Genel Müdürlüğü ile yüklenici diğer davalı arasında düzenlenen sözleşmede, iş sahibine yapılan işi kontrol ve denetleme, yükleyici emir ve talimat verme yetkisinin tanınmış olduğu gözetildiğinde iş sahibi İ... Genel Müdürlüğü'nün de yüklenici ile birlikte Borçlar Kanunu'nun 55. ve 100. maddeleri hükmünde

şekilde, birden fazla yüklenicinin bir işi birlikte üstlenmeleri durumunun, iş sahibinin arzusu çerçevesinde ve onun gösterdiği yüklenici veya yüklenicilerle birlikte yapılması gibi somut bir durumda ise aynı yoruma gidilmemesi ve iş sahibinin seçtiği ve beraber çalışılmasını zorunlu tuttuğu yüklenicinin veya yardımcılarının fiillerinden doğan zararlardan dolayı, yardımcı kişi çalıştıran olarak diğer yüklenicilere gidilememelidir kanaatindeyiz. Böyle bir halde esasen de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta aradığımız şartlardan biri olan yardımcı kişilerin borçlunun rızası ile fiilen faaliyet göstermesi şartı da gerçekleşmeyeceğinden, bu somut olayda yüklenici, yalnızca kendi yardımcılarının fiillerinden dolayı sorumluluk altında olmalıdır.

Sözleşmeden doğan borçlar başlığı altında bir diğer örnek de kira sözleşmesiyle ilgili olarak verilebilir¹²⁸. Şöyle ki, kiraya verenin en önemli borcu kiralanan şeyin tüm kira süresi boyunca sözleşmeye uygun surette kullanılmasının sağlanması veya başka bir ifade ile bunu engelleyecek durumların önlenmesi, bertaraf edilmesidir¹²⁹. Dolayısıyla kiraya veren, belirli şartlar altında, kiralananın bakım ve onarımı yapmak zorunda olabilir. Kiraya veren böyle bir durumda örneğin, bozulan su tesisatının, kombinin, elektrik tesisatının tamiri için çeşitli kişilerle anlaşabilir. Bu durumda kiraya veren, kira sözleşmesinden doğan bu borcunun ifası için görevlendirdiği bir tamircinin verdiği zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu tutulabilecektir. Bunun için, bu kişilerin başkasının yardımcı kişileri olması, durumu değiştirmeyecektir. Bu sebeple onarıma ilişkin borcunu kendi oğluna yaptırmayı ile başka bir firmanın işçilerine yaptırmayı arasında, kendi sorumluluğu bakımından bir fark olmayacaktır ve her iki durumda da

belirtilen “adam çalıştıran” sıfatıyla ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre zarardan sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı, İ... Genel Müdürlüğü’nün yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının REDDİNE...” (KİB).

¹²⁸ Kiraya verenin, kapıcının verdiği zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olabileceğine ilişkin bkz. Gröneberg, **Palandt**, § 278, Pn. 18.

¹²⁹ Acar, **a.g.e.**, s. 132, Pn. 31; bkz. TBK md. 301: “Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.”.

yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacaktır.

Yine aynı şekilde, esasen kiracıya teslim edilen kiralananın korunmasına ilişkin borcun da, TBK md. 334¹³⁰ kapsamında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin hukuki koruma düşüncesine benzer bir mantığı ele aldığını ve yalnızca kiracının değil, kiracı ile birlikte kiralananı kullanan kişilerin fiillerinden dolayı da, bu borcun ihlal edilmesi ve zararların ortaya çıkması sebebiyle, kiracının kiraya verene karşı sorumlu olacağını ifade edebiliriz¹³¹.

Bir başka örneği de bankacılık işlemlerinden verebiliriz¹³². Örneğin müşteriler, aralarında sözleşme ilişkisi bulunan bankalarla, banka şubeleri dışından elektronik işlemler yapmaktadır. Bu işlemler sırasında veya diğer birçok bilgilendirme vs. işlemlerinde bankalar, GSM operatörlerini kullanarak, müşteriye hizmet vermektedir. İşte bu noktada GSM operatörlerinin işlemlerinde gerçekleşebilecek herhangi bir hata vesilesiyle ortaya çıkacak zararlardan dolayı da, bankanın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğacaktır.

Farklı bir örnekte ise sigorta şirketleri gibi, bir edimin gerçekleşmesinin şekline veya ifayı gerçekleştirecek kişilere etkisi olmayıp, yalnızca edimin karşılığını ifa etmeyi taahhüt eden borçluların ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilmeyeceği, bu gibi bir örnekte sigorta şirketinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için, gerçekleşen rizikoya ilişkin edimin de kendi bünyesinde (örneğin bir sağlık sigortasında tedavinin kendi sahip olduğu hastanede yapılması gibi) karşılanıyor olması gerektiği ifade edilmektedir¹³³.

Kanaatimizce, zararı karşılayacak olan hastane veya tamirci, sigorta şirketinin kendi bünyesine bağlı olmasa dahi, eğer sigortacı ile rizikoya maruz kalan alacaklı

¹³⁰ “Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir.”.

¹³¹ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 248.

¹³² Bankalara ilişkin ayr. bkz.: Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 78, Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 44.

¹³³ Şenocak, **Yardımcı**, s. 67 vd.

arasında yapılan sözleşmede, tedavinin veya tamir işlemlerinin belirli yerlerde yapılacağına ilişkin (örneğin X, Y, Z Hastaneleri veya X, Y Bakım Servisleri gibi) bir kısıtlama söz konusu olması halinde de, sigorta şirketini, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne göre sorumlu tutmak yerinde olacaktır. Zira, burada da sigorta şirketleri ile bahsettiğimiz bu hastane veya tamirci arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır ve ayrıca, rizikoya maruz kalan taraf, zararının giderimi için sigorta şirketince belirlenmiş kişiler ile temas etmektedirler. Bu durum da sigorta şirketini yalnızca masrafların karşılanmasını üstlenen bir kurum olmaktan çıkarıp, bizzat ifayı kendi yardımcı kişileriyle yerine getirmeyi üstlenen bir kurum haline getirmektedir.

Sözleşmeden doğan borçlar başlığı altında son olarak, bir grup oluşturarak yapılan işlere ilişkin birkaç örnek vermek gerekebilir. Bu durumda çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilecektir. Şöyle ki, bu grup ile alacaklı arasında yapılmış olan sözleşmede;

- (ilk ihtimal) grup üyelerinin alacaklıyla bağımsız ve birebir olarak, diğer grup üyelerinin de birlikte çalışması koşulu ile sözleşme yapmaları,
- (ikinci ihtimal) grup adına yalnızca bir temsilcinin, genellikle adi ortaklık şeklinde¹³⁴ karşımıza çıkan bu oluşum vasıtası ile ifayı gerçekleştireceğine ilişkin olarak alacaklı ile sözleşme yapması,
- (üçüncü ihtimal) gruptaki bir kişinin kendi adına olacak şekilde alacaklıyla bir sözleşme yapması ve daha sonra grubu oluşturacak üyelerle sözleşmeler yapması,

ihtimallerini değerlendirmek gerekir.

Değerlendirmeye ikinci ihtimalden başlayacak olursak, bir takım sözleşmesinin varlığından bahsedebileceğiz; ki takım sözleşmesi, 4857 sayılı İş

¹³⁴ Bkz. TBK md. 637/3: “Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.”.

Kanunu'nun 16. maddesinde ilk fıkra hükmüyle, “Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle ikinci ihtimalde, takımı oluşturan bireyleri, diğerlerinin fiilleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan ötürü aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki “Takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, o işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla bir iş sözleşmesi yapılmış sayılır. Ancak, takım sözleşmesi hakkında Borçlar Kanununun 110 uncu maddesi hükmü de uygulanır.”¹³⁵, atfı dolayısıyla TBK md. 128 hükmüne göre yani “Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme”¹³⁶, başlığı altında sorumlu tutmamız gerekecektir¹³⁷. Ancak buradaki hüküm, üstlenilen fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararlara ilişkin bir hüküm olduğundan, üstlenilen fiil dışındaki (takım üyelerinden birinin fiilleriyle verdiği) zararlar bakımından ise takımı oluşturan (ve birlikte hareket etme gayesiyle bir araya gelen) üyelerin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gidilebilir¹³⁸. Diğer taraftan, bir adi ortaklığın söz konusu olması halinde ise TBK md. 638/3'deki “Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.” hükmü gereğince müteselsil sorumluluk hükümlerinin devreye gireceğini de hatırlatmak gerekecektir.

¹³⁵ Yürürlükteki 128. maddenin eski karşılığı olan “Başkasının Fiilini Taahhüt” başlıklı 110. madde “Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.

Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.” şeklinde düzenlenmekte idi.

¹³⁶ “Vertrag zu Lasten eines Dritten”, OR art. 111: “Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet.”.

¹³⁷ Bkz. TBK md. 128: “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.”.

¹³⁸ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumlarının karşılaştırılması için ayr. bkz. B. II: I/C/3/f.

Az önce atladığımız ilk ihtimalde dönecek olursak, bu ihtimalde, grup üyelerinin kendi fiillerinden dolayı bireysel sorumluluklarının söz konusu olması yanında, yine işçilerin sözleşmeye koydukları işi bir grup halinde beraber yapma koşullarından dolayı, diğer grup arkadaşlarının fiillerinden de yine üçüncü kişinin fiilini üstlenme esasına göre sorumlu olmaları sonucu çıkarılmalıdır. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak da ele alınacağı üzere, bir borcu birlikte ifa eden borçluların, borcu beraber ifa ettikleri diğer kişiler yönünden de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince sorumlu olacakları kabul edilmektedir¹³⁹. Dolayısıyla, bir işin belirli kişilerle beraber yapılmasını şart olarak belirleyen buradaki gibi kişilerin, (tıpkı ikinci ihtimalde belirttiğimiz gibi) diğer kişilerin fiillerinden de sorumlu olabileceklerini söylemek mümkündür.

Üçüncü ve son ihtimal incelenecek olursa, burada yine grubu oluşturan bireylerin kendi fiillerinden dolayı kişisel sorumluluklarının baki olduğu, bunun yanında kendi adına alacaklı ile sözleşme yapan kişinin ise bu grubu oluşturan bireylerin vermiş olduğu zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olması gerektiği kanısındayız¹⁴⁰. Dolayısıyla bu ihtimalde, alacaklı ile aralarında bir sözleşme ilişkisi olmayan bu kişiler, kendi fiilleri nedeniyle (şartları oluşması halinde) haksız fiil sorumluluğu kapsamında sorumlu olabilecekken; bu kişilerin hizmetini alacaklıya sunan, kendi borcunun ifasını bu kişiler eliyle yerine getiren kişi ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacaktır.

Bunların dışında bir kişinin hizmet teminine ilişkin bir sözleşme¹⁴¹ yaptığı durumlarda ise temin eden sıfatına sahip sözleşme tarafının, yalnızca bir üçüncü kişinin hizmetini sözleşmenin diğer tarafına sunmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir¹⁴². Bu gibi bir sözleşme ilişkisinde temin eden taraf, söz konusu hizmetin kendisini temin etmemekte ve bu sebeple de hizmetin ifasıyla ilgili problemler yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında

¹³⁹ Koller, **101**, s. 133.

¹⁴⁰ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 73 vd.

¹⁴¹ “Dienstverschaffungsvertrag”.

¹⁴² Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 97; Koller, **101**, s. 42.

değerlendirilmemektedir¹⁴³. Dolayısıyla bu değerlendirme uyarınca, bir işi üstlenen kişiye o işi yapacağı kişileri sağlayan kişi, işin yapılması sırasında doğan zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esasınca sorumlu olmayacaktır. Bu örnek açısından, esasen temin eden kişi ile diğer sözleşme ilişkisindeki hizmet alacaklısı arasında (hizmetin ifasına dair) bir sözleşme de bulunmamaktadır. Bu durum da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından birinin oluşmadığını göstermektedir.

Burada, hizmet tedariki sağlayacak kişinin, alacaklı tarafından ismen belirlenmiş kişilerden seçilmesinin veya tamamen serbest olarak seçilmesinin bir hususiyet arz edip etmediğini de düşünmek gerekir. Düşünüldüğünde, ismen belirlenmiş kişilerin hizmetinin tedarik edilmesi halinde zaten tedarik edenin bir seçme iradesi bulunmamakta; o, alacaklının iradesine göre hareket etmektedir. Diğer ihtimalde, yani hizmet tedarik edilmesi konusunda anlaşılması ancak hizmetine başvurulacak kişilerin seçiminin tedarikçinin iradesine bırakıldığı durumlarda ise hizmet temin eden kişinin, hizmeti temin ettiği kişiye karşı (kişilerin doğru seçimi gibi hususlardan dolayı) doğrudan sorumluluğunun doğabileceğini de belirtmek gerekir¹⁴⁴. Aynı şekilde ve borçlunun, kendisine ait işi, yardımcı kişi kavramından ayrılarak (*substitut*¹⁴⁵) kaim kişi¹⁴⁶ olarak ele alınan bir başkasına devrettiği durumlarda ise hakim görüş olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun değil, ancak devredilen kişilerin seçimi gibi hususlardan dolayı sorumluluğun doğacağı ifade edilmektedir¹⁴⁷. Elbette işin devri anlaşma veya işin niteliği gereği

¹⁴³ Bucher, **a.g.e.**, s. 352; Koller, **101**, s. 42; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 387.

¹⁴⁴ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 387.

¹⁴⁵ Tschudi, **a.g.e.**, s. 35: “*Erfüllungsvertreter*”; ayr. kaim kişinin dahil olduğu üçlü ilişki için ayrıntılı olarak bkz. Ewald Metzler, “Zur Substitution, Insbesondere zu Ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, S. 159, 1960, s. 145 vd.; “Ersatzperson” olarak ayr. bkz. Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 8; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 253, Pn. 793.

¹⁴⁶ Kaim kişi ile yardımcı kişi kavramları arasında (*Unterbegriff- Oberbegriff*) alt-üst kavram ilişkisinin bulunmadığına ve farklı kavramları ele aldıklarına ilişkin bkz. Metzler, **a.g.e.**, s. 161; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 289, Pn. 8; Arnold Escher/Andreas von Tuhr, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)**, 3. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 1984, s. 124.

¹⁴⁷ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 35; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 387; Florian Jacoby/Michael von

yasaklanmış ise, zaten borçlunun kendi sorumluluğu baki durumda olacaktır¹⁴⁸. Bunların yanında somut olayda, kaim kişinin aynı zamanda yardımcı kişi olabileceği, ancak bunun şart olmadığı da ifade edilmektedir¹⁴⁹.

Yukarıdaki paragrafta son olarak belirttiğimiz hususların tıp alanında sıklıkla görüleceğini ifade edebiliriz. Bir hasta doktor ilişkisinde, herhangi bir nedenle doktor, başka bir doktor ile hastanın taraf olmadığı bir sözleşme ilişkisi kurarak tedaviye dair bir işi başka bir doktora bırakabilir. Burada iki farklı ihtimal ortaya çıkabilir. Eğer meslek kuralları, işin niteliği, zorunluluk halleri veya elbette sözleşme hükümleriyle verilen izin gibi sebeplerle yapılmış bir caiz devir söz konusu ise devredenin, yardımcı kişilerin fiillerinden değil, TBK md. 507/II¹⁵⁰ gereğince devredilen kişilerin seçimi ve talimat verme gibi hususlardan dolayı sorumlu olacağı, yok eğer devir caiz değil ise bu sefer de TBK md. 507/I¹⁵¹ gereğince kendisinin de sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵². Bu bakış açısına göre, doktorun hasta ile olan ilişkisine dahil ettiği kişilerin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olabilmesi için, tedaviyi bizzat yapmakla birlikte, hemşire gibi kişilerin hizmetinden yardım almış olması gerekmektedir¹⁵³.

Hinden/Jan Kropholler, **Bürgerliches Gesetzbuch: StudienKommentar**, 14. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2013, § 278, Pn. 3, Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/36; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 4; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1428 vd.; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 8.

¹⁴⁸ Tschudi, **a.g.e.**, s. 35; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, s. 933, dn. 52.

¹⁴⁹ Metzler, **a.g.e.**, s. 161.

¹⁵⁰ “*Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.*”.

¹⁵¹ “*Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.*”.

¹⁵² Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, 2008, s. 240.

¹⁵³ Demir, **Hekim**, s. 240; Belirtmek gerekir ki, çalışmamızda da ele aldığımız üzere, bir borcu ifa eden kişinin, borç ilişkisine dahil ettiği kişiyle arasındaki özel ilişkinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu hususta esasen tartışılmalı bir durum yoktur. Borçlunun rızası ile bir borcu ifa ettiği veya bir hakkı kullandığı sürece, sıfatı ne olursa olsun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı, borçlunun sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bu ve sair sebeplerle, atıf yaptığımız paragrafta ele alınan ve doktrinde çokca da kabul gören bu ayrıma katılmadığımızı belirtebiliriz. Aşağıda yeri geldikçe burada bahsedilen hususlara ayrıntılı olarak değinilecektir.

Kanaatimizce, vekalet sözleşmesine ilişkin TBK md. 507 hükmü kapsamına girmeyen durumlarda, borçlunun kendisinin yerine geçecek şekilde ikame ettiği kişilerden doğacak sorumluluk da, TBK md. 116 kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵⁴.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından birisi hiç kuşkusuz burada da incelediğimiz üzere alacaklı ile borçlu arasında bir borç ilişkisinin mevcut olmasıdır¹⁵⁵. Ancak, sözleşmeden dönüldüğü sırada, yardımcı kişilerin fiilleri ile verdikleri zararlardan, kimler neye göre sorumlu olacaktır? Örneğin satış sözleşmesinden dönüldüğünü ve satılanı almaya gelen satıcının yardımcı kişilerinin, sözleşmeden dönen alacaklı tarafa bir zarar verdiklerini düşünelim. Bu sorunun cevabı için ayrıntıya girmeden dönmenin¹⁵⁶ etkisi üzerinden kısaca probleme giriş yapmak isteriz. Buna göre, Türk hukukunda hakim görüş olarak da ifade bulan klasik görüş doğrultusunda hareket edilecek olursa, sözleşme geçmişe dönük şekilde ortadan kalkmış olarak değerlendirilecektir¹⁵⁷. Dolayısıyla teorik anlamda bu ihtimalde, ilk bakışta, işçilerin davranışlarının sözleşme dışında gerçekleştiği düşüncesiyle haksız fiil hükümleri ve adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır gibi görünmektedir. Buna karşılık konuyla ilgili ifade edebileceğimiz diğer teorilerden¹⁵⁸ yasal borç ilişkisi¹⁵⁹ teorisine göre sözleşme hiç kurulmamış gibi

¹⁵⁴ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 15.

¹⁵⁵ Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 2, 3; Koller, **101**, s. 37; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 18 vd.; Schmidt, **Grundlagen**, s. 517; Oser/Schönenberger, **Art. 101**, Pn. 4; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 2; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 22; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430.

¹⁵⁶ “*Rücktritt*”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 178.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 517, Pn. 1690; inc. Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 502; YHGK 24.11.1999 T., 1999/13-967 E., 1999/990 K.: “...Sözleşmeden dönme hakkı sözleşme ilişkisini tek taraflı irade bildirimi ile çözülme ilişkisine dönüştüren bir yenilikle doğurucu haktır. Bir kere kullanıldıktan sonra sözleşmeyi temelli çözücü bir hukuksal kurum yaratır. O nedenle sözleşme ilişkisine doğrudan doğruya etkide bulunan yenilik doğurucu bir hukuksal işlemdir. Dönme sözleşme ilişkisini “çözer” fesih ise sözleşme ilişkisini “sona erdirir” farklı bir anlatımla, dönme yarattığı çözülme ilişkisinde, bu ana dek yerine getirilmiş sözleşme edimlerinin geri verilmesi yükümünü doğurduğu halde fesih geri verilmesi yükümü doğurmaz. Yine sözleşme ilişkisini sadece ileriye etkili (extunc) bir güçle ortadan kaldıran fesih işlemi, ayrıca sözleşmeye aykırılıktan ötürü bir “akti zarar-giderim” istemesine olanak verdiği halde sözleşme ilişkisini hiç kurulmamışçasına, geçmişe etkili bir güçle ortadan kaldıran dönme işlemi, ayrıca bir zarar giderim istenmesine olanak vermez, ancak akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan “menfi zararın tazmini” istenebilir ve verilenlerde haksız iktisap kurallarına göre geri istenir...” (KİB).

¹⁵⁸ Ayr. bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 520 vd.

nazara alınmayacağından¹⁶⁰ veya yeni dönme teorisine göre hareket edilmesi durumunda ise sözleşmenin bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü varsayılacağından¹⁶¹, bu son iki halde doğrudan, alacaklının dönme sonrası kendisine zarar veren borçlunun yardımcı kişilerinden dolayı sözleşmesel sorumluluk kurallarına gidebileceğini söyleyebiliriz. Bunun dışında, ortada doğrudan bir borç ilişkisi bulunmadan da zarar verenin ve zarar vereni kullanan kişinin, sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre tazminle yükümlü olabileceği durumların varlığı da, doktrinde ve öğretide kabul edilmektedir¹⁶².

Yukarıdaki örnekleri çoğaltmak ve sözleşmeden doğan borç ilişkileri neticesinde ortaya çıkan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ihtimallerini artırmak mümkündür. Konuyla ilgili olarak, yardımcı kişinin varlığının somut ölçülere dayandırılması kapsamında incelemeler aşağıda yapılacaktır.

c. Haksız Fiilden Doğan Borçlar

Borcun kaynakları başlığı altında kısaca inceleyeceğimiz bir diğer başlık ise haksız fiil¹⁶³ başlığıdır. Haksız fiil sorumluluğu kısaca, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille bir başkasına zarar vermek dolayısıyla sorumluluk olarak ifade edilebilir ve sorumluluğun bu türüne dar anlamda haksız fiil sorumluluğu da denilmektedir¹⁶⁴. Bazı durumlarda ise kusurun bulunmamasına rağmen sonuç haksız fiil sorumluluğu ile aynı olduğundan bu durum da geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak ifade edilmektedir¹⁶⁵. Diğer taraftan, haksız fiil teşkil etmedikleri halde haksız fiillermiş gibi nazara alınarak borç ilişkisinin doğumuna sebebiyet veren ve ızdırar hali gibi örneklerle açıklanan durumların ise (*quasi maleficium veya quasi delictum*) “haksız

¹⁵⁹ “*Legalesschuldverhältniss*”.

¹⁶⁰ İnc. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 520, Pn. 1693 vd.

¹⁶¹ Serozan, **Dönme**, s. 503; İnc. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 521, Pn. 1695 vd.

¹⁶² Aşağıda bu durumları da ayrıntılı olarak ele alacağız, bkz. aş., B. III: IV/B, “Dürüstlük Kuralına Dayandırılan Borç İlişkileri”.

¹⁶³ “*Unerlaubte Handlung*”, Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 1.

¹⁶⁴ Nomer, **Genel**, s. 137, Pn. 98.

¹⁶⁵ Nomer, **Genel**, s. 137, Pn. 98.

fiil benzerleri” olarak ele alınmış olduklarını da eklemek mümkündür¹⁶⁶.

İfade etmek gerekir ki, haksız fiilden doğan borçların ifası gibi bir durum içerisinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa rastlamak, sözleşmeden doğan borçlar başlığıyla karşılaştırıldığında ve hatta haksız fiillerin genel olarak tazmin şekli düşünüldüğünde, çok düşük bir ihtimal olarak kalacaktır. Ancak yine de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun yapısı bakımından, teorik olarak bu sorumluluğun, haksız fiilden doğan borçların ifası sırasında da doğabileceğini hatırlatmak gerekir¹⁶⁷. Bu duruma örnek olarak, haksız fiilden doğmuş bulunan bir tazminat borcunun, yardımcı kişiler tarafından ifa edilmesi esnasında meydana gelen zararlar gösterilebilir¹⁶⁸.

Buradaki sorumluluk, haksız fiil neticesinde doğan sorumlulukla karıştırılmamalıdır. Bizim incelediğimiz anlamda, yani yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu açısından sorumluluğun doğumu için;

- mevcut bir hukuka aykırı fiilin (aktif veya pasif bir davranışın olması) bulunması,
- bunun neticesinde bir zararın meydana gelmesi,
- fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve diğer haksız fiilden sorumluluk şartlarının bulunması,
- haksız fiilden sorumluluğun ortadan kalkmasını gerektirecek (zarar görenin rızası, üstün nitelikte kamusal yarar, üstün nitelikte özel yarar, kamu hukukuna dayanan yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan yetkinin kullanılması, haklı savunma¹⁶⁹ hali, ıztırrar hali¹⁷⁰, kendi hakkının korunması için bizzat güç kullanılması) bir unsur

¹⁶⁶ Ataay, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁶⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 22; ayrıca aksi olarak krş. Weiler, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 30.

¹⁶⁸ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435

¹⁶⁹ “*Meşru müdafaa / Notwehrtatbestand*”, Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 10.

¹⁷⁰ “*Zorunluluk / Notstand*”, Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 13.

bulunmaması¹⁷¹,

- bu haksız fiilden doğan borcun ifasında bir yardımcı kişinin kullanılması ve
- kullanılan yardımcı kişinin bu vesileyle herhangi bir şekilde alacaklıya zarar vermiş olması, şartlarının gerçekleşmesi gerekecektir.

Ancak hayatın olağan akışı ve günlük yaşam şartları dikkate alındığında, haksız fiillerden doğan borçlar kaynaklı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, haksız fiilin nakden tazmin edileceği durumlardan ziyade aynen tazmin edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda karşımıza çıkabileceğini söyleyebiliriz. Örneğin, birisinin arabasının camını veya farını kıran kişinin, bu zararı aynen gidermek maksadıyla yeni bir cam veya far takmak için görevlendirdiği kişinin, zarar gören kişiye başka bir zarar vermesi durumuna ilişkin örneği burada ele alabiliriz.

Belirttiğimiz bu hususlardan ötürü, teorik olarak haksız fiilden doğan bir borçtan dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğabileceğini ifade edebiliriz. Ancak, somut olaylarda haksız fiil olgusu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun borç ilişkisi bulunması şartını sağlamaktan ziyade, zararın sebebini oluşturacaktır. Diğer bir anlatımla, haksız fiil olgusu çoğunlukla, yardımcı kişinin fiilleri neticesinde karşımıza çıkan sonraki vakıa olarak görülecektir.

Burada esasen belirtmek istediğimiz nokta, somut olaylarda karşımıza çıkabilecek en yaygın durumun, bir kişi için haksız fiil teşkil eden olayın diğer kişi için yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk teşkil etmesidir; ki bazı hallerde, (dolaylı olarak da olsa) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olan kişi, her iki açıdan da sorumluluk ile karşılaşabilir. Konuya örnek bir Federal mahkeme kararında, kiracının eşinin gaz ocağı vanalarını açarak intihar etmesi ve kiralanan dairede patlama olması ile ilişkili bir olayda, kiracı olan eş, mirasçı sıfatı ile eşinin intihar ederken yol açtığı (ve yukarıda kısaca saydığımız şartları oluşturan) haksız fiil

¹⁷¹ Ayrıntılı olarak bkz. Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. II: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, s. 38 vd. (Pn. 37 vd.); inc. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 30 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 484 vd.

kaynaklı zararların tazmini üstlenmek zorunda kalacakken, diğer taraftan da kendisiyle birlikte yaşayan kişilerin kiralananı verdiği zararlardan ötürü de yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olacaktır¹⁷².

d. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından pratikte sözleşmeden doğan borçlar kadar yer tutmayacak olsa da, bir başka ihtimal de, Roma hukuku temellerine sahip bir diğer borç kaynağı olduğu belirtilen¹⁷³, sebepsiz zenginleşmeden¹⁷⁴ doğan borçlar olacaktır¹⁷⁵. Haksız fiiller için de ifade ettiğimiz üzere teorik olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğun ortaya çıkabilmesi, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçların ifası kapsamında da gerçekleşebilecektir¹⁷⁶.

¹⁷² BGE 130 II 330; ayrıca benzer şekilde Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar için bkz. Yarg. 6. HD, 07.05.2007 T., 2007/3515 E., 2007/5502 K.: "...Dava kiralananı yangın sonucu meydana gelen hasar bedelinin tazminine ilişkindir. Yangın kira ilişkisi sürerken meydana gelmiştir. Borçlar Kanununun 266. maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralananı ne halde teslim almış ise aynı şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Davalı kiracı'nın sorumluluğu akdi sorumluluktur. Yine Borçlar Kanununun 100. maddesi hükmü uyarınca davalı kiracı birlikte yaşadığı ev halkından birinin kiralananı vermiş olduğu zarardan da sorumludur..." (KİB).

¹⁷³ Schwarz, **a.g.e.**, s. 39 vd.; Serozan, **C. III**, s. 309, Pn. 2.

¹⁷⁴ "Ungerechtfertigte Bereicherung", Rumpf, **a.g.e.**, § 18, Pn. 1 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 652 vd.

¹⁷⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; borcun bir başka kaynağı olarak bkz. Yarg. 9. HD, 23.10.2009 T., 2009/33526 E., 2009/28432 K.: "...Uyumsuzluk kuramsal açıdan sebepsiz zenginleşme ve iyiniyetli sebepsiz zenginleşmenin iade borcunun sınırlanması noktasında toplanmaktadır. Sebepsiz zenginleşme, Roma Hukukundan günümüze gelen bağımsız borç kaynağıdır. Türk Hukukunda yasal dayanağı Borçlar Kanununun 61-66.maddeleridir. Ortak bir tanıma gitmeden ziyade koşullarından sonuca gidilerek sebepsiz zenginleşme kavramına yaklaşım kanımızca daha doğru olmaktadır.

Genel olarak koşullar; taraflardan birinin malvarlığında azalma, diğerinde çoğalma, anılan durumun nedensellik bağı sonucunda oluşması, nihai olarak da haklı bir sebebin bulunmamasıdır.

Asıl sorun sebepsiz zenginleşmede iadenin sınırlarıdır. Kötüniyet halinde sınırlamadan sözedilemez. Alınan mal veya bedel iade edilir. O halde iyiniyetli sebepsiz zenginleşmenin iade borcunun sınırlarının belirlenmesi önem kazanır.

Dairemizce bu konuda temel ölçüt güvenin korunması ilkesinin yargıcın takdir yetkisi ile dengelenerek tamamlanması, bu yolla hakkaniyete ulaşılmasıdır. Bu bağlamda sebepsiz zenginleşmenin zenginleştirene güven duyması ve güven duymasını gerektiren konumu, olayın özellikleri, yargıcın hakkaniyeti uygun bir karar vermesi; gerektiğinde BK. m.43 ve 44 ten yararlanılmasıdır..." (KİB).

¹⁷⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 22.

Kısaca hatırlatmak gerekir ki, sebepsiz zenginleşme, geçerli bir sebep bulunmaksızın bir kimsenin malvarlığından başka bir kimsenin malvarlığına geçiş olması durumunu ifade eder¹⁷⁷. Bunun neticesinde ise sebepsiz zenginleşen kişi, bu zenginleşmeyi iade etmekle yükümlü olacaktır¹⁷⁸. Bu iade borcu ise sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli veya kötünietli olması ihtimallerine göre değişiklik gösterecektir¹⁷⁹. Sebepsiz zenginleşen iyiniyetli ise (yani zenginleşmenin sebepsizliğini bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa) sebepsiz zenginleşilen şeyden sadece geri isteme zamanında elinde kalanı vermekle yükümlü olacaktır¹⁸⁰. Zenginleşenin kötünietli olması durumunda ise iade borcu elinde kalanla sınırlı olmayacak ve tüm zenginleşmeden ilk haliyle sorumlu olacaktır¹⁸¹. Bu ihtimallerde, kötünietli zenginleşme durumunda, sebepsiz zenginleşenin yardımcılarının kusuruyla zenginleşilen şeyin elden çıkması halinde, sorumluluğun şeyin tümü için devam edeceği açıktır. Buna karşılık iyiniyetli zenginleşenin, sebepsiz zenginleşme yoluyla elde ettiği şeyi kendisi veya yardımcı kişileri vasıtasıyla tüketmişse, bundan sorumlu olmayacağı ifade edilmektedir¹⁸².

Sebepsiz zenginleşme kurumunda söküp alma hakkı ise TMK md. 994'te düzenlenmiş olan hükümden farklı olarak, hem iyiniyetli hem de kötünietli sebepsiz zenginleşene tanınmış bir hak niteliğindedir¹⁸³. Sebepsiz zenginleşen, örneğin iade

¹⁷⁷ Serozan, **C. III**, s. 309, Pn. 2 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 733 vd.; ayr. zenginleşme türleri için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 324 vd.; Serozan, **C. III**, s. 325 vd., Pn. 25 vd.

¹⁷⁸ Serozan, **C. III**, s. 371 vd., Pn. 1.

¹⁷⁹ Serozan, **C. III**, s. 387, Pn. 19; bkz.: TBK md. 79: “*Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür.*”

Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür.”; ayr. iyiniyetli ve kötünietli zenginleşen kişilerin durumlarının farklarına ilişkin olarak bkz. **a.e.**, s. 391, Pn. 21.

¹⁸⁰ Serozan, **C. III**, s. 372, Pn. 1; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 388 vd.

¹⁸¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 394 vd.; Serozan, **C. III**, s. 388, Pn. 19.

¹⁸² Şenocak, **Yardımcı**, s. 77.

¹⁸³ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 399, Pn. 1146.

konusu arabadaki koltukları deri kaplatmış ise bütünleyici parça¹⁸⁴ vasfı taşıyan bu şeyleri (karşılığı kendisine önerilmemiş olmak şartı ile) alabilecek iken; arabanın aynasına, vitesine astığı bir maskot gibi eklenti¹⁸⁵ vasfından ileri gitmeyen şeyleri ise doğrudan söküp alabilecektir denilmektedir¹⁸⁶. Dolayısıyla, sebepsiz zenginleşen TBK md. 80/3'den¹⁸⁷ doğan söküp alma hakkını yardımcı kişisi vasıtasıyla kullanırken, yardımcı kişinin bu vesileyle verdiği zararlardan ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu olması gerekecektir. Zira, buradaki durumu, bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması maksadıyla hareket eden yardımcı kişinin, alacaklıya zarar vermesi, olarak yorumlamak yerinde olacaktır.

Hatta, söküp alma hakkının ihlaline yol açacak davranışlar neticesinde, söküp alma alacaklısının bir zararının doğması halinde, bu zararların tazmininin haksız fiil değil, sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre tazmin edileceğine ilişkin doktrindeki ifadelerden dolayı da¹⁸⁸, söküp alma hakkını yardımcı şahısları ile ihlal eden tarafın, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esaslarınca sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşme konusu şeyi iade alma hakkını kullanan alacaklının yardımcı kişinin, sebepsiz zenginleşen kişinin üzerinde söküp alma hakkına sahip olduğu şeyleri zarara uğratması ve hatta kasten çalması gibi durumlarda da, sebepsiz zenginleşenin, alacaklının yardımcı kişilerinin fiillerinden doğan zararlardan ötürü tazminat talep edebileceği sonucuna varmalıyız.

Diğer borç kaynaklarında olduğu gibi, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk örneklerini

¹⁸⁴ TMK md. 684/2: “Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.”.

¹⁸⁵ TMK md. 686/2: “Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kalınan taşınır maldır.”.

¹⁸⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 399, Pn. 1145.

¹⁸⁷ “...Zenginleşen, iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, diğer giderlerinin ödenmesini isteyemez. Ancak, kendisine karşılık önerilmezse, o şey ile birleştirdiği ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri geri vermeden önce ayırıp alabilir...”.

¹⁸⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 400, Pn. 1149.

farklılaştırmamız mümkündür. Ancak, haksız fiillerden doğan borçlarda olduğu gibi sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda verilebilecek örnekler de, sözleşmeden doğan borçlara nazaran daha kısıtlı kalacaktır.

e. Diğer

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu temelini açıklayan görüşler ve eleştirilerinde de sıklıkla belirttiğimiz üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında değerlendirilebilecek bir diğer husus da kanundan doğan borçlar kavramıdır¹⁸⁹. Yukarıda saydığımız borcun kaynaklarına ilişkin kategorilere girmeyen hususların toplandığı kısım olarak belirtebileceğimiz bu grubun isminin, yani kanundan doğan borç kavramının da eleştirildiğini ifade etmek gerekir. Şöyle ki bu eleştiriye göre söz konusu ifade, bütün borçlar kanundan doğuyor sayılabileceği için yanıltıcı olabilir¹⁹⁰. Bu bakımdan borcun sayılan bu üç kaynağının dışında kalanları toparlamak için İtalyan Medeni Kanunu’nun 1173. maddesindeki “*Borçlar, sözleşmeden, haksız fiilden ve hukuk düzenine göre bir borç doğurmaya elverişli olan herhangi başka bir fiilden veya oldudan(vakıadan) doğarlar*”¹⁹¹, hükmünden yola çıkılarak “*kanunun kendine hüküm bağladıkları olgular*” olarak kullanılmasının daha doğru olduğu belirtilmektedir¹⁹².

Kanundan doğan borçlar hususu çerçevesinde irdelenmiş bir durum ise, kamu hukuku kurallarından doğan bir borcun yerine getirilmesi için gerekli fiillerin icra edilmesidir. Buna ilişkin olarak, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi için veya hapisshanedeki açlık grevindeki kişilere yapılan tedavi maksatlı tıbbi müdahaleler örnek gösterilmiş ve kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanıldığı bu gibi

¹⁸⁹ Dreyer, **a.g.e.**, s. 64 vd.; Grüneberg, **Palandt**, § 278, Pn. 2; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 5; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 10; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435.

¹⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 73, Pn. 6; Ataay, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁹¹ Bkz.: İtalyan Medeni Kanunu’nun “*Fonti delle obbligazioni*” başlıklı 1173. maddesi “*Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico.*”.

¹⁹² Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 73, Pn. 6.

durumlarda TBK md. 116'nın uygulanamayacağı eklenmiştir¹⁹³.

Diğer taraftan bu başlık atında, yukarıda ifade ettiğimiz borcun kaynakları yanında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk niteliğini taşıyan hükümlerin, bazı özel maddeler ile de düzenlenmiş olabileceğini ifade etmek gerekir. Biz de bu başlık altında yalnızca kanundan doğan borçlar kavramını incelemek yerine, mevcut bazı özel hükümlerden kısaca örnekler vermeyi de tercih edeceğiz.

Örneğin, 6102 sy. TTK md. 879'da, kara eşya taşımacılığı alanında taşıyıcının yardımcılarında dolayı sorumluluğu düzenlenmiştir¹⁹⁴. Bahsi geçen hüküm "*Taşıyıcı;*

a) *Kendi adamlarının,*

b) *Taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin,*

görevlerini yerine getirmeleri sırasındaki fiil ve ihmallerinden, kendi fiil ve ihmali gibi sorumludur." şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre taşıyıcı¹⁹⁵, kendi adamlarının ve (kendisine bağlı olmasa da) taşımanın tamamlanması için yardımlarına başvurduğu kişilerin, görevlerini yerine getirdikleri sırada vermiş oldukları zararlardan dolayı özel hükümle de sorumlu hale getirilmiştir¹⁹⁶.

¹⁹³ Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430.

¹⁹⁴ Yine bu madde ile düzenlenmiş olan sorumluluğun kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının mümkün olmadığı haller ise, TTK 886. maddede "*Zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı veya 879 uncu maddede belirtilen kişiler, bu Kısımda öngörülen sorumluluktan kurtulma hâllerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz.*" ifadesiyle düzenlenmiştir.

¹⁹⁵ Ayrıca taşıyıcının, satıcının yardımcı kişisi olarak değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 116.

¹⁹⁶ Taşıyıcının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında, yardımcı kişi olarak değerlendirilmeyeceği ve yalnızca onun seçimi gibi durumlardan dolayı sorumluluk aranacağına ilişkin bkz.: Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 37; Ayrıca taşıma işleri ile ilgili olarak "*Dava; taşıma sözleşmesi gereği ödenen sigorta bedelinin rücuu tazmini istemine ilişkindir. Hasarın demiryoluyla taşıma esnasında gerçekleştiği, varış yerinde mühürlerin sağlam olduğunun tespit edildiği için eksik emtiadan davalının sorumlu tutulamayacağı, ancak fot+ddu teslim şekli gereği gönderenin sorumluluğunun vagon kapısına malları getirmesiyle son bulduğu, istifleme ve bağlamanın özel eğitim ve araç gereç gerektirdiği bu hizmetin gönderici tarafından yapılmasının beklenemeyeceği, malın ambalaj durumunu, kimyasal ve fiziksel durumlarını kontrol ve vagon içinde vaziyet planını çıkarıp yerleştirmenin Taşımacılık şirketinin görevlendirdiği şirkete ait olduğu, bu hizmetlerin gönderici yada alıcıya ait olduğu düşünülse bile taşıyıcının basiretli bir tacir olarak özen borcunun bulunduğu. Taşıma şirketinin B.K.100. maddesi gereği çalıştırdığı*

Aynı hükmü içeren maddenin taşıma işleri komisyoncusunun sorumluluğu için de konulmuş olduğunu ifade etmek gerekir¹⁹⁷.

Yine yolcu taşıma işlerinde ise, yolcu taşıyanın meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluğunu bertaraf edebilmek için, kurtuluş imkanı düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm TTK md. 914/2’de “*Taşıyıcı, yolcuların kazaya uğramalarından doğacak zararı tazmin eder. Yolcunun kaza sonucunda ölmesi hâlinde, onun yardımından yoksun kalanlar uğradıkları zararın tazminini taşıyıcıdan isteyebilirler. Ancak, taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilmek için, yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen sonucun kaçınılmaz olduğunu, ispat etmesi gerekecektir¹⁹⁸. Ekleme gerekirse, TTK md. 812’deki “*Sahte veya tahrif edilmiş bir çekti ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun.*” hükmüne göre sahte veya tahrif edilmiş bir

şirketin kusurundan sorumlu olacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü kararının onanması gerekmiştir.” özetli bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 18.02.2015 T., 2014/19163 E., 2015/2168 K. (KİB).

¹⁹⁷ Bkz. TTK md. 929: “*Taşıma işleri komisyoncusu;*

a) Kendi adamlarının,

b) Taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin,

görevlerini yapmaları sırasındaki fiil ve ihmallerinden, kendi fiil ve ihmali gibi sorumludur.”.

¹⁹⁸ Yine taşıma işlerine ilişkin özel hükümlerin de ele alındığı, örnek bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD, 30.05.2014 T., 2013/4299 E., 2014/10141 K.: “...CMR’nin 3. maddesinde “bu sözleşmenin uygulanması bakımından taşımacı, çalıştırdığı kişilerin ve taşımanın yapılması için hizmetlerinden yararlandığı diğer kimselerin görevleri sırasında hareket ve ihmallerinden sanki bu hareket ve ihmalleri kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır hükmü düzenlenmiş olup davalı M... Uluslararası Liman İşl. A.Ş., davalı taşıyan N... A.Ş.’nin yardımcısı konumundadır. Bu durumda davalı N... A.Ş., B.K’nın 100. maddesi gereğince sorumlu olup onun yardımcısı konumundaki davalı M. Liman İşl. A.Ş.’de taşıyıcı gibi oluşan zarardan sorumlu tutulacaktır. Tüm bu yapılan açıklamalar ışığında mahkemece, davaya konu malların taşınmak üzere davalı N... aş’nin hakimiyet ve kontrolüne girdiği, davalı M... Uluslararası Liman İşl. A.Ş.’nin de davalı taşıyan N... A.Ş.’nin yardımcısı konumunda olduğu kabul edilerek davanın esasının çözüme kavuşturulması ve davalı M... Uluslararası Liman İşl. A.Ş.’nin zamanaşımı definin de CMR hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, davalı N... A.Ş. yönünden taşımanın başlamadığı gerekçesiyle esastan, diğer davalı yönünden zamanaşımından reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” (KİB).

çekin ödenmesine ilişkin madde kapsamında ortaya çıkan bir olayda da Yargıtay tarafından TBK md. 116 hükmüne atıf yapıldığı görülmektedir¹⁹⁹.

Bu konuda bir diğer özel düzenleme ise vekalet sözleşmesinde vekil ve alt vekile ilişkindir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun özel bir düzenlemesi olarak değerlendirebileceğimiz TBK md. 507’de “*Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.*

Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.” hükmü yer almaktadır. Vekilin alt vekilden dolayı sorumluluğunun iki ayrı başlıkta, vekilin alt vekil görevlendirmeye yetkili olması veya yetkili olmadığı halde alt vekil tayin etmesi durumlarına göre değerlendirildiği²⁰⁰ bu hükme ilişkin ayrıntılı inceleme aşağıda yapılacaktır²⁰¹.

Diğer taraftan somut olayda, Roma hukuku temellerine sahip olduğu ifade

¹⁹⁹ Yarg. 11. HD, 23.06.2011 T., 2009/14253 E., 2011/7629 K.: “...Dava, sahte çekin ödenmiş olmasından doğan zararın T.T.K.nun 724. maddesi uyarınca tazmini istemine ilişkindir. T.T.K.nun 724. maddesinde “Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğer ki, senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olsun” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan yasa maddesi uyarınca, sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemediği ötürü oluşan zarara banka katlanır. Keşideci, zararın doğmasına kusurlu davranışı ile sebep olmuşsa B.K.nun 44. maddesi uyarınca sorumludur. Gerek çeklerin muhafazası, gerekse diğer konularda keşidecinin yardımcı olarak kullandığı kişilerin kusuru (B.K.nun 100.)aynen keşidecinin kusuru gibi değerlendirilecektir. Somut olayda davacı keşidecinin işçisi olan Ş. V. davaya konu çeki hırsızlayıp sahte olarak doldurduktan sonra diğer davalı A. Ş.’e ciro ederek davalı bankadan çek bedelini tahsil ettiklerine göre, davalı banka çekteki imza ile davacının imza sirkülerini karşılaştırıp sahteliği tespit etmemesi sebebiyle ağır kusurlu kabul edildikten sonra, davacı çek keşidecisinin çek defterini iyi saklamamış olması, istihdam ettiği kişiyi iyi seçememesi ve çekin kaybolduğunu davalı bankaya bildirmemesi sebebiyle müterafik kusurlu olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” (KİB).

²⁰⁰ Gümüş, a.g.e., s. 434 vd.

²⁰¹ İnc. B. II: I/C/3/c.

edilen bir diğerk kavram olan²⁰², vekaletsiz iş görme durumunun olduğı bir olayda da, vekaletsiz iş gören kişinin, bu işi görürken başka kişilerin yardımına başvurduğu veya bizzat vekaletsiz iş görmeyi bu kişiler eliyle gördürdüğü durumda, bahsi geçen bu kişilerin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü dolayısıyla sorumlu olabileceğı belirtilmektedir²⁰³. Örneğın, kiracının, kiraya verene haber vermeksizin kiralanan konutun çatısını onarması halinde, bir (gerçek) vekaletsiz iş görme durumu söz konusu olacaktır²⁰⁴. Dolayısıyla kiracı, bu onarma işini yaparken binaya getirdiğı, çatıyı onarttığı kişilerin zarara sebebiyet vermiş oldukları fiilleri neticesinde, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olmalıdır. Bu yardımcı kişiler çatıyı onarıırken kiralananın veya kiraya verenin başka bir malvarlığı değerine zarar vermeleri halinde de, bu kişileri kullanan, iradesi ile iş sahibinin özel alanına temas edilmesini sağlayan kiracı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince de sorumlu olmalı; ve verilen diğerk zararların vekaletsiz görülen işın kapsamında olmadığı gibi savunmaları ileri sürerek bu yardımcılarının verdikleri zararları tazminden muaf olmamalıdır.

Ancak bu başlık altında ifade etmek istediğimiz haller, kullanılan yardımcılardan veya işçilerden sorumlu olunmasına ilişkin kanunda özel olarak düzenlenmiş olduğunu belirttiğimiz örneklerle sınırlı olmayacaktır. Örneğın, işverenin işçiyi koruma borcu bağlamında düşünüldüğünde ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu²⁰⁵ kapsamında, işverenin işyerinde bulundurmakla yükümlü

²⁰² Schwarz, a.g.e., s. 40.

²⁰³ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 63.

²⁰⁴ Eren, **Özel**, s. 830; ayr. inc. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010; s. 676 vd.

²⁰⁵ Bkz. İSGK md. 6: “Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren;

a) Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğerk sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir. Belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olmayan ancak 10’dan az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyeri işverenleri veya işveren vekili tarafından Bakanlıkça ilan edilen eğitimleri tamamlamak şartıyla işe giriş ve periyodik muayeneler ve tetkikler hariç iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütebilirler...”.

olduğu işyeri hekiminin (belirlenen niteliklerde olmaması başta olmak üzere herhangi bir nedenle) tıbbi vesilelerle işçilerden birine bir zarar vermesi veya halihazırda doğmuş bir zararı imkanı varken azaltmaması veya zararın artmasına neden olması ya da hekimlikle bağdaşmayan fiilleri dolayısıyla birine başka türlü bir zarar vermesi hallerinde de, hekimin fiillerinden dolayı işverenin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulması uygun olacaktır.

Ancak durumu yalnızca işçiye verilen zarar şeklinde dar olarak ele almamak gerekir. Buna göre, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında istihdam edilen veya yine aynı kanun kapsamında hizmetlerine başvuru alan hekim veya sağlık kuruluşlarının, işyerinde meydana getirdikleri diğer başka zararlardan dolayı da, sorumluluklar doğabilir. Örneğin sağlık hizmetlerinin sağlanması konusunda anlaşmaya varılmış sağlık personelinin sağlayan sağlık kurumu, hizmetini sunduğu bu (hekim, hemşire²⁰⁶, ebe²⁰⁷, ambulans görevlisi vs.) kişilerin fiillerinden dolayı işverene karşı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri dolayısıyla sorumlu olacaklardır.

Yine örneğin noterlerin, çalıştırdıkları kişilerin verdikleri zararlardan dolayı sorumlu oldukları, Noterlik Kanunu md. 162'de²⁰⁸ açıkça ifade edilmiştir²⁰⁹. Gerçi

²⁰⁶ Hemşirelerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında incelenmesi noktasında ayr. bkz. Zekeriya Kurşat, "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 302 vd.

²⁰⁷ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta "ebe" için ayr. bkz.: Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 93.

²⁰⁸ Bkz. NK md. 162: "Stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.

Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya noterlik personeline rücu edebilir."

²⁰⁹ İlgili bir somut Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 3. HD, 29.09.2016 T., 2016/9444 E., 2016/11405 K.: "...Noterlik Kanunu'nun 162.maddesinde noterin kendi yaptığı işten ve çalışanının yaptığı işten dolayı sorumluluğu düzenlenmiş ve aynı hukukî rejime tabi kılınmıştır. Bu sorumluluk adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzemez. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmış iken, bu sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Bu yönü itibarıyla ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan sorumluluk olduğu sonucuna varılmaktadır. Noter özene ilişkin genel kurtuluş kanıtı getirebilir. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Noter gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın

bu hükümde ifade edilen zararlar esasen noterlik faaliyetlerine ilişkin mesleki iş ve işlemlere ilişkin olsa da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta (aşağıda ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere) yalnızca doğrudan işle alakalı olanlardan değil, aynı zamanda yardımcı kişilerin diğer fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanabileceğine ilişkin görüş kapsamında, noterlik personelinin vermiş olduğu diğer zararlardan da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğabilecektir. Örneğin noterlik içerisinde noter mobilyalarını, noterlikteki elektrik tesisatını vs. tamir için noterce veya noter tarafından yetkili kılınmış olan yardımcılarının rızasıyla noterliğe girerek yaptığı çalışmalar esnasında (yangın çıkarma, çıktığı merdiveni düşürme vs. gibi) zararlar veren kişilerin fiillerinden dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine gidilebilmesi gerekecektir²¹⁰. Burada zarara uğrayan ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine dayanarak taleplerini notere karşı kullanacak kişiler noterliğe işlem için gelen üçüncü kişiler olabilecekleri gibi noterlikte çalışan kişiler de olabileceklerdir²¹¹.

Sonuç olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğacağı olaylar (çalışmamızda verdiğimiz ve aşağıda vereceğimiz yargı kararları, doktrinde ele alınan örnekler de göz önüne alındığında) çok büyük çoğunlukla ve neredeyse tamamen sözleşmelerden doğan borç ilişkileri kapsamında ortaya çıkacaktır²¹². Esasen teorik anlamda borcun kaynağının bir önemi bulunmamaktadır²¹³. Ancak

doğmasına engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu husus nedensellik bağının kesilmesidir. Bunun ispatı da davalı notere aittir. Doktrinde; ağırlıklı görüş maddedeki bu düzenlemenin noterlerin hukukî sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu hatta ağırlaştırılmış, başka bir ifadeyle ağırlaştırılmış özen sorumluluğu olduğu şeklindedir.

Yargıtay uygulamasında da; noterlerin hukukî sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu genel bir ilke ve prensip olarak benimsenmiştir. Ancak, bu sorumluluktan mutlak kusursuz sorumluluk olarak benimsendiği sonucu da çıkarılmamalıdır...” (SMİP).

²¹⁰ Ayrıca noterlerin NK md. 162’ye göre sorumluluklarının adam çalıştıranın sorumluluğuna benzemekle birlikte, kurtuluş kanıtı tanınmaması nedeniyle daha ağır bir kusursuz sorumluluk hali olduğu ifade edilmektedir., Serdar Nart, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2010, s. 431.

²¹¹ Noterlikte çalışan kişilerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa dayanabilecek kişiler kapsamında sayılması ise iş sözleşmesi ve işverenin işçiyi koruma borcuna dayandırılacaktır.

²¹² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435 vd.

²¹³ Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 3.

pratik anlamda, verdiğimiz örneklerde de görülmektedir ki, diğer borç ilişkileri kapsamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin karşımıza çıkması nispeten daha nadir ihtimallerde (haksız fiilde aynen tazmin edecek kişinin yardımcılarının verdiği bir zarar veya sebepsiz zenginleşmede söküp alma hakkı kullanılırken yardımcılarının verdiği zararlar gibi) vuku bulmaktadır. Örneğin, Türk Medeni Kanunu hükümleri doğrultusunda nafaka borçlusu olan kişinin, bu borcunu nakden veya irat şeklinde öderken kullandığı yardımcı kişinin (gerçek kişi veya bir banka vs.) fiillerinden dolayı sorumluluğu teorik olarak mümkün olsa da²¹⁴, bu örneklerin pratik anlamda karşımıza çıkması ise nadir ihtimaller olacaktır.

C. Borcun İfasının veya Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişilere Bırakılmış Olması

1. Genel Olarak Yardımcı Kişi

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun bir diğer ana şartı ise borç ilişkisinde ifanın veya hakkın kullanılmasının bir yardımcı kişiye bırakılmış olmasıdır²¹⁵. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için yardımcı kişi ile borçlu arasındaki ilişkinin ayrıca bir önem arz etmediğini, yalnızca yardımcı kişinin borçlunun arzusu ile bu ilişkiye dahil olmasının yeterli olduğunu belirterek başlayabiliriz²¹⁶. Dolayısıyla adam çalıştıranın sorumluluğunda aranan bağımlılık unsurunun, bu sorumluluk türü için şart olmadığını belirtmek gerekir²¹⁷. Ayrıca,

²¹⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435.

²¹⁵ Alfred Koller, “Grundzüge der Haftung für Positive Vertragsverletzungen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, S. 12, 1992, s. 1498; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 5; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 20; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 22; Bucher, **a.g.e.**, s. 352; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 244; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 996; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 4.

²¹⁶ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 74; Brieskorn, **a.g.e.**, s. 162; Rolf Schmidt, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 10. bs., Grasberg, Verlag Rolf Schmidt, 2015, s. 537; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 385; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 3; Fundel, **a.g.e.**, s. 59; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 392, Pn. 657; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 8.

²¹⁷ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 75; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 3; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9; Uygur, **a.g.e.**, s. 3226; ayrıca Yargıtay’ın, tamirci gibi kişilere tamir maksatlı olarak aracın teslim edildiği bir örnekte, kendisine araç teslim edilen bu gibi kişilerin iş sahibinin yardımcısı olamayacağını, dolayısıyla da ne sözleşmenin karşı tarafına zarar verilmesi halinde, ne de bir üçüncü kişiye zarar verilmesi halinde iş sahibinin TBK md. 66 veya 116 gereğince sorumlu

yardımcı kişinin kimin için ifada bulunduğunu bilmemesi de, bu kişinin fiilleriyle verdiği zararlardan dolayı borçlunun sorumluluğuna gitmemize engel değildir²¹⁸.

Genel olarak yardımcı kişinin kim olduğuna baktığımızda, yardımcı kişinin, kısaca borçlunun bilgisine ve iradesine uygun olarak borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden veya ifaya katılan kişi olarak tanımlandığını ifade edebiliriz²¹⁹. Dolayısıyla, alacaklıya karşı borçlunun (satılan şeyi alıcıya getirmek gibi) bir yükümlülüğünü değil de, yalnızca borçluya karşı (alacaklı ile temas ve ilişki olmaksızın) kendi yükümlülüğünü ifa eden kişi, yardımcı kişi olarak nitelendirilmez denilmektedir²²⁰. Gerçi yardımcı kişi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğabileceği hallerde de esasen borçluya karşı kendi yükümlülüklerini yerine getirmekte ise de, burada kastedilenin, alacaklıyla bir yakınlık bulunmayan ikili ilişki olduğunu anlamak gerekir. Ancak, bir kişi borçluya karşı kendi yükümlülüğünü ifa ediyor olsa da, bu kişinin verdiği zararların da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebileceğini ifade etmeliyiz. Dolayısıyla, zarar gören kişiler restoranda

olmayacağını belirttiğini görmekteyiz. Bkz. Yarg. 4. HD, 16.12.2002 T., 2002/9648 E., 2002/14129 K.: “..Ceza dosyası içeriğinden olay sırasında araç sürücüsü olan davalı M. Y.’in alınan ifadelerinde; tamirci olduğunu, müşteriye ait otonun tamir işi bitince kontrol için sürdüğü sırada kaza yaptığını bildirdiği anlaşılmaktadır. Araç maliki olan davalı Ö. Ç., 22.11.2000 tarihli oturumda davanın reddini savunmuştur. Araç maliki, kural olarak zarardan sorumlu ise de, onun işleten olarak sorumlu olabilmesi için araç ile zilyetliğinin kesilmemesi ve aracın onun emri ile kullanma olanağı içinde bulunması gerekir. Sürücü olarak kamu davasında cezalandırılan tamirci davalının yukarıda belirtilen açık beyanı gözetildiğinde, aracını tamirhaneye bırakmış olan Ö. Ç.’in araç ile ilişkisinin kesildiği, bu nedenle zilyet ve işleten olarak kabulüne olanak bulunmadığı açıktır. Şu durum karşısında onun sorumluluğuna karar verilemez. Öte yandan aracın tamir için bırakılmasının bir istisna sözleşmesi oluşturması, tamircinin müteahhit durumunda olup, araç malikinin istihdam ettiği veya yardımcı şahsı olmaması karşısında tamircinin eyleminden dolayı Ö. Ç.’in BK.nun 55. ve 100. maddeleri gereğince de sorumluluğu olanaklı değildir...” (KİB); ayr. bkz. BGE 70 II 220.

²¹⁸ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 385; inc. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9.

²¹⁹ Wolf, **a.g.e.**, s. 448; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 23.04; Şenocak, **Yardımcı**, s. 104; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 5; ayr. özellikle Alman hukuku bakımından inc. Dreyer, **a.g.e.**, s. 89 vd.; Martin, Schmitt-Kessel, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 11. bs., Köln, Luchterhand Verlag, 2016, § 278, Pn. 12; Grüneberg, **Palandt**, § 278, Pn. 7; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 20; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 299; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 22; Barbara Dauner-Lieb, **BGB Schuldrecht**, 3. bs., Baden-Baden, Nomos, 2016, § 278, Pn. 4; Rainer Wörlen/Karin Metzler-Müller, **Schuldrecht AT**, 11. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2013, Pn. 264; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 14; Tripler, **a.g.e.**, s. 59; Hirsch, **a.g.e.**, Pn. 431; Altherr/Brem/Bühlmann, **a.g.e.**, s. 121, Pn. 2; Grieder, **a.g.e.**, s. 86; Klunzinger, **a.g.e.**, s. 304 vd.; BGE 70 II 220.

²²⁰ H. Becker, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen**, C. 6, Bern, Stämpfli & Cie Verlag, 1941, Art. 101, Pn.11; Tschudi, **a.g.e.**, s. 36; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 19.

yemek yedikleri sırada, restorana gelen ve ısıtıcıları tamir etmeye çalışan kişilerin verdikleri zarardan dolayı, restoran sahibi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince, bu kişileri o restorana gönderen (ısıtma tamir firması) işletmeci, adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerince ve bizzat fiilleriyle zarar verenler ise haksız fiil hükümlerince sorumlu olmalıdırlar. Bu itibarla, kendisine ait bir borcu ifa eden her kişinin, fiilleriyle verecekleri zararların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet vermeyeceğinin söylenmesi, kanaatimizce yanlış olacaktır. Bu hususu verdiğimiz örnekte de görmek mümkündür.

Yine yardımcı kişi için borç ilişkisi kapsamında ifa²²¹, ihtimam²²², kaçınma²²³ yükümlülüklerinin ifasında rol oynayan kişilerden bahsedilebileceği de ifade edilmektedir²²⁴. Ancak, bir borcun ifasında kullanılan kişilerin, herkes üzerinde doğuracağı zararların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet vermeyeceğini ifade etmeliyiz. Öyle ki, yardımcı kişi kullanan ile zarar gören arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerekecektir; ki aksi takdirde, TBK md. 116 anlamında bir sorumluluk doğmayacaktır²²⁵.

Yardımcı kişi olarak ele alınan kişinin, bir borç ilişkisinden doğan borcun tamamını tek elden ifa ediyor olması veya o konuda tek ifa yetkilisi olması gerekmemektedir²²⁶. Bu nedenle, yardımcı kişi belli bir borcun tamamını ifada görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş olabileceği gibi, borcun yalnızca belirli bir kısmı için de yetkilendirilmiş olabilecektir. Kanundaki “*borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını*” ifadesinden de borcun ifasının tümünden

²²¹ “*Leistungspflicht*”.

²²² “*Bemühungspflicht*”.

²²³ “*Unterlassungspflicht*”.

²²⁴ Wolf, **a.g.e.**, s. 448; ayr. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 22; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 21; Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 23; Koenigs, **a.g.e.**, s. 23.

²²⁵ Ayr. bkz. Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 66 vd.; Thomas Zerres, **Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts**, 6. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, s. 338.

²²⁶ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 12; Grieder, **a.g.e.**, s. 86.

yardımcı kişiye verilmiş olması yorumunu elde edemeyiz²²⁷. Zaten uygulama incelendiğinde de, özellikle büyük ölçekli işlerde ve bilhassa işin uzmanlık gerektiren kısımlarında, uzmanlık alanlarına göre kısım kısım olarak yardımcı kişi kullanıldığını görmekteyiz.

Diğer taraftan, borcun bir kısmında veya tamamında ifa faaliyetlerine katılacak olan yardımcı kişinin, ayrıca bu konuda borçludan izinli olması gerektiğini ve ifaya da bizzat katılmış olması şartının aranacağını belirtmeliyiz²²⁸.

Yine, pratikte çoğunlukla gerçek kişiler ele alınmakla birlikte, tüzel kişiler de yardımcı kişi olarak nitelendirilebilecektir²²⁹. Tüzel kişilerin yardımcı kişi olmaları ihtimalinde tabiidir ki, ifa faaliyetlerine bizzat ve fiilen katılma şartını, tüzel kişinin organları gerçekleştirecektir²³⁰. Dolayısıyla bu ihtimalde borçlunun sorumluluğu, ifada kullandığı tüzel kişilerin organlarının veya organlarının görevlendirmiş olduğu kişilerin vermiş olduğu zararlardan kaynaklanacaktır. Benzer şekilde, ifanın kendisine bırakıldığı topluluk bir adi ortaklığı temsil ediyor ise bu durumda da yardımcı kişi sıfatı ortakların olacaktır.

Yardımcı kişiler ile ilgili ele alınan ihtimal ve sorulardan en sık karşılaşılan ve bir başlık oluşturabilecek ihtimalleri, aşağıdaki alt başlıklarda incelemek gerekir.

a. Makineler ve Benzer Sistemler

İfada kullanılan yardımcı kişiler bakımından incelenen bir diğer nokta ise, borcun ifasında kullanılan, bilgisayar başta olmak üzere elektronik cihazların,

²²⁷ Kanundaki “borcun ifasını...” kavramının kullanılmasının, sanki borcun tamamının bir kişiye bırakılmış olması gerektiği gibi bir anlama gelebilecek şekilde, anlam karışıklığı yaratabileceği yönünde bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 104.

²²⁸ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 40; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 23; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 7; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 20; Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 18; Schmitt-Kessel, **Prütting**, § 278, Pn. 12; Schwarze, **a.g.e.**, s. 557, Pn. 52; Wolf, **a.g.e.**, s. 448 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 352; Zeres, **a.g.e.**, s. 338; Franz Leonhard, **Allgemeines Schuldrecht des BGB**, C. 1, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1929, s. 455 vd.; Schmidt, **Grundlagen**, s. 518; Dauner-Lieb, **a.g.e.**, § 278, Pn. 4; Weiler, **a.g.e.**, s. 250, Pn. 32.

²²⁹ Koller, **101**, s. 55; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 24; Şenocak, **Yardımcı**, s. 105.

²³⁰ Koller, **101**, s. 55; Wien, **a.g.e.**, s. 29; Büren, **a.g.e.**, s. 400.

makinelerin ortaya çıkardığı zararlar konusudur²³¹. Bu konunun karşımıza çıkabileceği en ciddi zarar doğurucu ve önemli örnekler de, bankacılık sektörü üzerinden (hesabın yanlış hesaplanması, havaledeki bir aksaklık vs.²³²) verilebilecektir²³³. Konuyla ilgili olarak, bilgisayarlar gibi elektronik cihazların meydana getirdiği zararlardan dolayı sorumluluğun, genel olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirildiği ve kıyasen bu gibi olaylara da uygulanması gerektiği ifade edilse de²³⁴, konunun iki kısım altında incelenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, ifa faaliyetlerinde kullanılan bilgisayar sistemli, yazılımlı, elektronik cihazlardan dolayı sorumluluk incelenirken, bu cihazın borçlunun bizzat kendi cihazı mı olduğu, yoksa borçlunun dışarıdan hizmet tedariki amacıyla başka bir kişiden yararlanmak suretiyle kullandığı bir cihaz mı olduğunun ayırımını yapmak gerekecektir. Örnekle ifade etmek gerekirse, yanlış işlem yaparak alacaklıyı zarara uğratan cihaz, bir bankanın kendi donanım ve yazılımıyla hizmete arz etmiş olduğu, kendi mülkiyetinde olan bir ATM cihazı mı, yoksa bankanın müşterilerine hizmet için kendisinin kullanım ve kontrolünde olmayan, (başka bir şirkete ait cihazların kendi müşterilerince de kullanılabilmesi konusunda anlaşma yaptığı) bir cihaz mı, şeklinde bakmak gerekir.

Yukarıdaki ilk ihtimal için, doktrindeki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kıyasen uygulanması görüşünün uygun olmadığı görüşündeyiz. Bize göre bu ihtimalde zararı veren cihaz, borçlu bankanın mülkiyet ve kontrolünde

²³¹ Bkz. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 46; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 395; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 25; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1429; Makinelerden dolayı sorumluluğun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk başlığı altında değerlendirilmeyeceğine ilişkin olarak ayr. bkz. Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 9, Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 15; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/41.

²³² Bu noktada, havale işlemlerinden dolayı bankaların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne göre de sorumlu olabileceklerine dair somut bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD., 8.12.2015 T., 2015/5769 E., 2015/13116 K. (LHBS).

²³³ Joachim Lieser, “Die Zivilrechtliche Haftung im Automatisierten Geschäftsverkehr”, **JuristenZeitung**, S. 23/24, 1971, s. 760.

²³⁴ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 108 vd.; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1429; Makinelerin yardımcı kişi olmadıkları yönünde, bkz. Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 15.

olduğu için, bizzat borçlunun bir parçası gibi kabul edilmelidir. Dolayısıyla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk değil, bizzat kişisel sorumluluk doğmaktadır²³⁵. Görüşümüzün aksine, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kıyasen uygulanması gerektiğini söyleyen görüşe göre, bunun gibi bir olayda zararı tazmin eden borçlu bankanın, elektronik cihaza rücu edememesi düşüncesi önemli değildir ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması noktasında bir rol oynamayacaktır²³⁶; zira bu çoğu zaman zaten mümkün olmayacaktır²³⁷. Bize göre ise bunun gibi bir durumda, rücu imkanı sadece fiilen değil, hukuken de ortadan kalkmaktadır; ki bu da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün burada uygulanma ihtimalinin olmadığını gösteren bir diğer unsurdur.

Esasen, borçlunun doğrudan sorumluluğu ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu karşılaştırıldığında, farazi kusur değerlendirmesi yapan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, borçlu için daha katı ve alacaklı için ise daha avantajlı olacaktır. Dolayısıyla, kıyasen uygulama görüşünün tercih edilmesi, alacaklıyı koruma noktasında daha anlaşılır görülebilir. Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk mantığının, bu gibi makine başta olmak üzere elektronik sistemlerin verdiği zararların yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kıyasen uygulanmak suretiyle açıklanmasını kapsayacak bir noktada olmadığını düşünmekteyiz. Aksi halde, (günümüzde oldukça fazla sayıda borcun içerisinde makine ve elektronik sistemler kullanıldığından) hemen her olayda, borçlunun bizzat kendi kusurundan doğan sorumluluğu değil, sorumluluktan kurtulma imkanının daha dar olduğu bir sorumluluk olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerini kıyasen

²³⁵ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 247; ayr. bkz. Yarg. 11. HD, 25.04.2011 T., 2009/12501 E., 2011/4901 K.: "...Ayrıca; bankalar, özel yasa ile kurulan ve ekonomik alanda çeşitli imtiyazlar tanınan kuruluşlardır. Güven kuruluşları olan bankalar, aldıkları mevduatları özenle korumak zorundadırlar. Bu hususta objektif özen borcu altında olan bankalar, hafif kusurlarından dahi sorumludurlar.

Bu durumda mahkemece, davacı zararının nasıl ve hangi hesap hareketleriyle meydana geldiği belirlenmek ve yukarıda açıklanan ilke doğrultusunda davalı bankanın zarardan sorumluluğunun bulunup bulunmadığının gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle belirlenmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir..." (KİB).

²³⁶ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 210.

²³⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 109.

uygulamak durumunda oluruz. Ayrıca, ifada yardımcı kişi yerine makine kullandığı durumlarda, borçlunun yardımcı kişinin değil, makinelerin doğurduğu rizikoları yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bağlamında üstlenmesi gerektiği düşüncesi²³⁸, kanaatimizce kanun koyucuların yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerini düzenlerken amaçladıkları hususlardan değildir. Dolayısı ile, makinelerin verdiği zararlardan dolayı borçlunun doğrudan sorumluluğuna gidilmesi yeterli olacaktır.

İkinci ihtimalde ise, söz konusu zararı doğuran cihaz borçluya değil, bir hizmeti sunması için kendisi ile anlaşmaya varılan bir üçüncü kişiye aittir ve onun mülkiyeti ile kontrolündedir. İşte buradaki durumda ise tam anlamıyla yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğun uygulanmasının gündeme geleceğini ve hizmeti sağlayan üçüncü kişi firmanın vermiş olduğu bu zarardan dolayı, hizmeti dışarıdan satın alan esas borçlu bankanın, yardımcı kişi kullanan sıfatı ile TBK md. 116 gereğince sorumlu olması gerekeceğini ifade etmeliyiz.

Kıyasen uygulama yönündeki görüşün aksine, ilk ihtimaldeki kanaatlerimize paralel diyebileceğimiz görüşe göre ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bazında değerlendirildiğinde, borçlunun ifa faaliyetleri kapsamında kullandığı makine başta olma üzere bu tarz insan dışındaki etkilerin ortaya çıkardığı zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması doğru olmayacaktır²³⁹. Buna göre, makinelerden kaynaklanan borç ilişkilerindeki bu zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilebilmesi için, kanun koyucunun bu hususu dikkate alan ayrı bir düzenlemesinin bulunması gerekmektedir²⁴⁰.

²³⁸ İnc. Şenocak, **Yardımcı**, s. 109; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 209 vd.

²³⁹ Helmut Köhler, “Die Problematik Automatisierter Rechtsvorgänge, Insbesondere von Willenserklärungen”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 182, 1982, s. 171; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 247; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 9; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 41; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 15.

²⁴⁰ Köhler, **a.g.e.**, s. 171; Lieser, **a.g.e.**, s. 761; Ayrıca şeylerin verdiği zararların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktan ziyade, borçlunun kendi sorumluluğu olarak (BGB § 276, OR art. 97, TBK md. 112) değerlendirilmeye alınması hususunda bkz. Brieskorn, **a.g.e.**, s. 166 vd.

Yine makinelerden kaynaklanan hataların ortaya çıkardığı zararların da esasen, makine veya bu sistemlerin, üretim, bakım, teslim, koruma vs. hususlarına ilişkin konularda, üreticinin veya onun kullandığı yardımcılarının fiillerinden kaynaklanmış olacağı ve dolayısıyla da, bir insan veya nihayetinde yardımcı kişi faktörünün devreye girdiği ifade edilmektedir²⁴¹. Bu bakış açısına göre, makinelerden kaynaklanan zararların ortaya çıkmasında, üçüncü bir tarafça müdahalenin bulunması²⁴², beklenmeyen ve önlenemeyen bir doğal durumun ortaya çıkması veya yine bir mücbir durumun sebebiyet vermesi hallerinde ise makineyi hizmete sunan borçlunun sorumluluğuna gidilemeyecektir²⁴³. Veya bir başka görüşte ise borçlunun, makinelerin seçimi, kurulumu, kontrolü ve bakımına ilişkin kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği düşünüldüğünde, makineler bakımından da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün değerlendirmeye alınmasının alacaklı bakımından daha güvenli bir durum yaratacağı da ifade edilmektedir²⁴⁴.

Kanaatimizce bu noktada, önlenemez durum ve mücbir sebep halleri bir kenara bırakılacak olursa, (makine kullanılması esasen bazı durumlarda (hız, pratiklik gibi sebeplerle) borç ilişkisi içerisinde alacaklının da menfaatine olsa da) borçlunun makine ile sunduğu bir hizmette veya borcun ifasında makine kullandığı durumlarda, üçüncü kişinin müdahalesinin somut olaylarda katı yorumlanması, diğer bir ifade ile borçlunun koruma yükümlülüğünün esasen ön plana çıkartılarak, üçüncü kişi kaynaklı her türlü müdahalenin sorumluluk doğuracak şekilde ele alınması gerekir. Örneğin, kullanıcılarına yüz yüze hizmet dışında internet üzerinden de hizmet sunan bir borçlu (banka, özel üniversite veya herhangi bir internet sitesi), gerek hizmetin sunumu, gerekse de sistem ve kullanıcıların güvenliğinin sağlanması

²⁴¹ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 209; Üretici ve satıcının yardımcı kişi ilişkisi içerisinde incelenmesi için ayr. bkz. Andrea Muthig, **Die Haftung des Herstellers für Produktsfehler**, München, Verlag V. Florentz, 1993, s. 35 vd.

²⁴² Köhler, **a.g.e.**, s. 171.

²⁴³ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 209.

²⁴⁴ Zeytin, **a.g.e.**, s. 1429.

için yazılım sistemleri, programlar ve hatta donanımsal cihazlar kullanmaktadır²⁴⁵. İşte bu gibi örneklerde, borçlu ile alacaklı arasında hizmet ve ifa anlamında köprü vaziyeti gören üçüncü gerçek veya tüzel kişilerden temin edilen donanım ve yazılım vasıtalarının ortaya çıkaracağı zararlardan da, borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu olmalıdır.

Sonuç olarak borçlu, borcun ifasında kullandığı kişilerin vermiş olduğu zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olduğu gibi, yine borcun ifasında kullandığı makine ve elektronik sistemlerin ortaya çıkaracağı zararlardan da sorumlu olmalıdır; zira borçlu ilk durumda gerçek kişilerin, ikinci durumda ise makine kullanmanın ortaya çıkaracağı rizikoları taşımaktadır²⁴⁶. Ancak, borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında yararlanılan makinelerin, bir başka gerçek veya tüzel kişinin değil, bizzat borçlunun mülkiyet ve kontrolünde olan makineler olması halinde ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine uğramadan, doğrudan borçlunun sorumluluğuna gitmek gerekir.

b. Kamu Hukuku Unsuru

Kısaca değinmemiz gereken bir diğer alt başlık ise, yardımcı kişi kavramının kamu hukuku kavramı ile bir arada ele alınmasıdır.

Konuya ilişkin açıklamayı kamu hukuku ile doğrudan ilintili bir örnekle vererek başlayabiliriz. Buna göre, İsviçre yargısının vermiş olduğu bir kararında, bir belediyenin işlettiği halka açık havuzun söz konusu olduğu bir somut olayda, özel hukuk (medeni hukuk) kurallarının uygulanmasının gerektiği, belediye ile havuzu kullananlar arasında bir sözleşme kurulduğu ve kullanıcının havuzu kullanırken yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde gördüğü zararlardan dolayı belediyenin,

²⁴⁵ Uygulamada günlük olarak tecrübe etmekteyiz ki, özellikle, şube ve çalışan masraflarını azaltmak, sonuç olarak teknolojinin imkanlarından yararlanmak adına, başta bankalar olmak üzere özel firmalar, müşterilerini internet üzerinden ve mobil uygulamalar yoluyla işlem yapmaya teşvik etmekte; kampanyalar, indirimler, masrafsız işlemler vs. yapmaktadırlar.

²⁴⁶ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 210.

(*Haftung für Hilfspersonen*²⁴⁷) yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğa tabi olacağı belirtilmiştir²⁴⁸.

Kısaca, kamu hukuku²⁴⁹ kişilerinin, sağladığı hizmetlerde kullandığı kişilerin fiilleriyle verdikleri zararlarda da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilmesi için bir engel bulunmamaktadır²⁵⁰. Aynı şekilde, bir gerçek ve özel hukuk tüzel kişinin, kamu hukuku kişilerinden, kamu hukuku çerçevesinde hizmet veren kurumlardan da, yardımcı kişiler sıfatıyla yararlanabileceğini eklemek gerekir²⁵¹.

Bunlarla birlikte, kamu hukuku tüzel kişilerinin dahil olduğu bir olayda, fiilleriyle karşı tarafa zarar veren kişilerin, organ mı, yoksa yardımcı kişi mi olduğunun da göz önüne alınması gerekir²⁵². Burada belirtmiş olduğumuz, organ – yardımcı kişi ayrımı ise aşağıda ayrıca incelenecektir²⁵³. Sonuç olarak, bu başlık altında ele alınmış olan hususlar bakımından özel önem arz eden bir doktrinsel tartışmanın bulunmadığını ifade edebiliriz.

c. Hayvanların Durumu

Gerçek kişiler ve tüzel kişiler gibi hayvanların da bir borcun ifasında kullanılabileceklerini söyleyebiliriz²⁵⁴. Ancak böyle bir durumda, hayvanların verdiği zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine

²⁴⁷ Ayr. bkz. Büren, **a.g.e.**, s. 394: “*kausale Haftung des Schuldners für seine Gehilfen*”.

²⁴⁸ BGE 113 II 424.

²⁴⁹ Ayr. bkz. TCA md. 129/5: “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*”; ayr. DMK md. 13: “*...Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...*”.

²⁵⁰ Altherr/Brem/Bühlmann, **a.g.e.**, s. 124, Pn. 27; Granitz, **a.g.e.**, s. 19; Fundel, **a.g.e.**, s. 59; Henri Deschenaux/Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, Çev.: Salim Özdemir, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983, s. 70 vd.; ayr. Mayer, **BGB 278**, s. 3 vd.; YHGK, 14.11.1951 T., 1951/51 E., 1951/18 K.: “*Davacı bayie idarece ödenmesi lazım gelen iskonto ve nakliye ücretini zimmetine geçiren tekel memurunun bu fiilinden, Borçlar Kanununun 100 üncü maddesi gereğince, davalı Tekel İdaresi sorumludur.*” (KİB).

²⁵¹ Bkz. Jacoby/Hinden/Kropholler, **StudienKommentar**, § 278, Pn. 8; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1423.

²⁵² Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 71.

²⁵³ B. II: I/C/3/a: “Yardımcı Kişi - Organ”.

²⁵⁴ Koller, **101**, s. 55; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 41.

gidilmeyecektir²⁵⁵. Örneğin, bir fırıncının Bello isimli özel yetiştirilmiş köpeğini, sabahları bir lokanta işletmecisine kek ve sandviçleri götürmesi için kullandığı bir olayda, köpeğin kendisine verilenleri yemesi neticesinde ortaya çıkan zarardan veya daha genel ifade ile sözleşmenin ihlalden dolayı fırıncı, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olmayacaktır. Burada fırıncının, köpeğin kendisine verilenleri yiyebileceğini öngörmesi gerektiği kabul edilmekte ve bu nedenle TBK md. 112'ye göre sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁶.

Böyle bir örnekte (gerçi somut herhangi bir olay içerisinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğuran sözleşmeye aykırılık aynı zamanda haksız fiille de bütünleşmiş olabilecek de olsa) henüz teslim edilmemiş sözleşme konusu gıdaların köpek tarafından yenmesini haksız fiil olarak da nitelendiremeyeceğimizden, TBK md. 67 vd.²⁵⁷ hükümlerini de baştan eleyebileceğimizi belirtebiliriz.

Nihayetinde, hayvanlar yardımcı kişi olarak değerlendirilmeyecek olsalar dahi, elbette yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından zarara konu olabileceklerdir²⁵⁸. Örneğin bir veteriner hekim, bir hayvana müdahale ederken,

²⁵⁵ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 41; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 9; Koller, **101**, s. 55; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 15.

²⁵⁶ Koller, **101**, s. 56.

²⁵⁷ Bkz.: TBK 67: “Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.”.

²⁵⁸ Aynı zamanda bkz. BGB § 90a: “Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.” gereğince, hayvanlar eşya sayılmayacak; ancak niteliği uygun düştükçe ve elbette diğer başka kanun hükümlerince kaleme alınmış aksine bir düzenleme olmadıkça bunlara, şeylere ilişkin kurallar kıyasen uygulanabilecektir; Yine İsviçre Medeni Kanunu’nun 2003 yılında yürürlüğe giren, 641a maddesinin ilk fıkrasındaki “Tiere sind keine Sachen.” ifadesiyle, hayvanların eşya olmadığı, ikinci fıkradaki “Soweit für Tiere keine besonderen Regelungen bestehen, gelten für sie die auf Sachen anwendbaren Vorschriften.” ifadesiyle ise özel düzenleme bulunmayan hallerde eşyaya ilişkin hükümlerin uygulama bulacağı düzenlenmiştir.; Hayvanların hukuki statüsü bakımından İsviçre hukuku çerçevesinde ayr. inc. Hüseyin Can Aksoy, “Türk Ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 129, 2017, s. 163 vd.; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 8. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 22; Yine Fransız hukukunda ise hayvanların, kanun hükmü gereğince, taşınır eşya statüsünde kabul edildiği ifade

başka bir veterinerden yararlanmış ise, bu veterinerin davranışlarından dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olacaktır²⁵⁹. Ayrıca kısaca belirtmek gerekir ki, burada yardımcı kişi kullananın veteriner değil, ancak daha büyük bir klinik olması halinde, bu işletme sorumlu olacak iken; veterinerin veya kliniğin, tedavide kullandığı kişilerin uzmanlığı ya da veteriner hekimle/işletme ile iç ilişkisi de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından önem arz etmeyecektir²⁶⁰. Özel bir sağlık kuruluşunun, o konuda bilgisiz, yetersiz veya o an için uygun olmayan bir kişiyi tedaviye dahil etmesi, bir insanı veya hayvanı, bu gibi kişilere tedavi ettirmesi de, zaten doğrudan borçlunun kusurunu da oluşturacak ve sorumluluğuna sebebiyet verecektir.

Hayvanlarla ilgili akla gelebilecek farklı bir örneği de değerlendirmek isteriz. Örneğin (ülkemizde nadiren rastlansa da özellikle Almanya gibi bazı ülkelerde yaygın olduğu şekilde) toplu taşıma araçlarına kedi, köpek gibi hayvanların da bilet alınmak suretiyle taşındıklarını, sahibiyle veya bakıcısıyla birlikte araçta seyahat eden hayvanın huysuzlaşarak veya herhangi bir nedenden ötürü²⁶¹ yolculardan birine saldırdığını, eşyalarına zarar verdiğini düşünelim. Normal şartlar altında bu olayda, hayvanın saldırdığı kişinin, hayvan bulunduran kişiye karşı hayvan bulunduranın sorumluluğuna²⁶² gidebileceği, TBK md. 67 gereğince aklımıza gelecektir²⁶³. Peki, konumuzla ilişkilendirebilmek noktasına gelmek istediğimiz zaman, toplu taşıma işletmesinin, mevcut olaydaki konumu nasıl değerlendirilmelidir?

Kanaatimizce, özel halk otobüsleri, trenler gibi araçlarda yapılan bu gibi taşımalara dair belirtmemiz gereken ilk husus, diğer yolcuların hayvanlarla birlikte seyahat etmeme gibi bir seçenekleri olmadığı, mecburen hayvanların da taşındığı

edilmektedir., inc. Helvacı, **a.g.e.**, s. 22.

²⁵⁹ Eike Bleckwenn, **Die Haftung des Tierarztes im Zivilrecht**, Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2014, s. 86.

²⁶⁰ Bleckwenn, **a.g.e.**, s. 86.

²⁶¹ Örn. hayvanın, otobüsteki kalabalıkta yanlışlıkla kuyruğuna basılması sebebiyle bir başkasını ısırması.

²⁶² “Tierhalterhaftung”, inc. Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 60.

²⁶³ Bkz. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, C. 2, 13. bs., **Lehrbuch des Schuldrechts: Besonderer Teil**, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, s. 613 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 2044 vd.

araçlarda seyahat sözleşmesi yaparken, hiç kimsenin çekince koyabilecek veya seçim yapabilecek lükse sahip olmadığıdır²⁶⁴. Diğer taraftan, bu hayvanlardan gelebilecek zararların da otobüs işletmelerinin yolcuyu koruma borcu²⁶⁵ içerisinde sayılması gerekir²⁶⁶. Dolayısıyla, bu konuda seçme hakkına sahip olmayan yolcuları bu riziko ile karşı karşıya getiren işletmelerin, bundan kar edindikleri gibi rizikolarına da katlanmaları, kar olan yerde külfetin de olduğu²⁶⁷ yönündeki Roma hukukundan bu yana kullandığımız genel hukuki prensipler bakımından da kaçınılmaz olmalıdır²⁶⁸.

²⁶⁴ Ayrıca, sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin olarak bkz. Hasan Ayrancı, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, 2003, s. 237.

²⁶⁵ Kaldı ki, korumaya ilişkin yükümlülüklerin ihlallerinden doğan zararların da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet vereceğinden şüphe duymamak gerekir., Medicus/Lorenz, *a.g.e.*, Pn. 388.

²⁶⁶ Hayvanların verebilecekleri zararlardan dolayı sorumluluğun, saf bir tehlike sorumluluğu olduğu da ifade edilmektedir. bkz. Kurt Schellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil*, 9. bs., Zwickau, C. F. Müller Verlag, 2014, Pn. 1076; ayr. Karl-Nikolaus Peifer, *Schuldrecht: Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 4. bs., Baden-Baden, Nomos, 2014, § 4, Pn. 23; Hirsch, *a.g.e.*, Pn. 419; Medicus/Lorenz, *a.g.e.*, Pn. 397; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından ise, hayvanlardan dolayı sorumluluk, “özen sorumluluğu” üst başlığı altında ele alınmaktadır, Yavuz, *Kusursuz*, s. 51 vd.

²⁶⁷ “*Ubi emelumentum, ibi onus*”, Liebs, *a.g.e.*, s. 232.

²⁶⁸ Yargıtay’ın da bir hizmeti sağlayan kişilerin hakimiyet alanlarına giren işlerle ilgili olarak, bu alana dahil edilen kişilerin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilebileceğini kabul ettiğini belirtebiliriz; ki örneğin, tehlike sorumluluğu arz eden bir halde zarara sebebiyet veren bir kişinin fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu ele alan karar için bkz.: Yarg. 11. HD, 03.10.2005 T., 2004/11632 E., 2005/9073 K.: “...*Davalılardan İ. A.Ş., Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigorta (TZMSS) poliçesinin sigorta ettireni olup, olağan sebep sorumluluğu hallerinden bazılarını düzenleyen BK.nun 55, 58 ve 100 ncü maddeleri, sorumluluğun kaynaklandığı kişi ya da şey üzerinde bir denetim ya da gözetim ödevi yüklemiştir. Sebep sorumluluğunun ikinci bir türü olan tehlike sorumluluğunda ise, sorumluluk koşulları, sorumlu aleyhine ağırlaştırılmıştır. İşletme veya faaliyet ya da nesneye özgün tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle sorumluluk doğar. Tüpün mülkiyeti, bu davalıda olduğuna göre, BK.nun 58 nci maddesinden hareketle sorumluluğu özen eksikliğine bağlanmalıdır. Başkalarının diğer anlatımla bayi dışındaki yetkisiz kişilerin, tüpü takma olanağına kavuşması, bu davalının özen borcunu yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Buna neden olan bayiler üzerinde bu davalının denetim ve kontrol görevini yerine getirmemesi, BK.nun 100 ncü maddesine dayalı sorumluluğunun nedenini de oluşturmaktadır. Bakanlık tebliğlerinde, takma kusurunun bayilerle sınırlandırılması, bu davalı ile bayileri arasındaki iç ilişkiye ilişkin bir düzenleme olup, zarar gören 3 ncü kişileri bağlayıcı ve etkileyici bir düzenleme değildir. Bu davalının bayisi M.'nin, tüpü kendisinin takmaması, bunu müşteriye bırakması sonucu meydana gelen ölüm nedeniyle TCK.nun 383/2 nci maddesi ile cezalandırılması istemiyle hakkında açılan dava, 4616 sayılı Yasa gereğince ertelenmiş ise de, ceza dosyasındaki deliller ile davacılarından N.'nin aynı suçtan mahkumiyetinin kesinleştiği ceza ilamında, N. 'nin dedantörü iyi bağlamadığı, gaz kaçırmasına neden olduğu şeklinde eyleminin belirlenmesi, bu davalının sözleşmelisi olan bayiinin kusurunu yeterince ortaya koymaktadır. Davacılarından N.'nin eylemi ile bayiinin eylemi ve sorumluluk nedenleri birbirinden farklıdır. Bu itibarla, N.'nin kusurlu olması, bayiinin üzerinde denetim yapmayan i. A.Ş.nin BK.nun 58 ve 100 ncü maddelerine dayalı kusursuz sorumluluğunu etkilemeyecektir...*” (KİB).

Bu sebeplerle burada, meydana gelen zararlardan dolayı hakkaniyet gereğince, toplu taşıma işletmesini de sorumluluğun içerisine dahil etmek gerekir²⁶⁹.

Öncelikle, toplu taşıma işletmelerini TBK md. 67'ye göre sorumlu tutmak mantıklı gelmemektedir. Şöyle ki, bir taraftan toplu taşıma aracını kullanan şoför veya işletme organizasyonunun hayvan bulunduran olarak değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz²⁷⁰; ki değerlendirebilecek olsak dahi, diğer taraftan bu durumda esasen işletme ile zarar gören yolcu arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olduğunu, yani işletme ile zarar gören kişinin bazı yükümlülükler dahilinde bir araya gelmiş gerçek ve tüzel kişiler olduklarını göz önünde bulundurmalıyız. Dolayısıyla böyle bir durumda zarar gören, ister TBK md. 67'ye göre hayvan bulundurana (diğer yolcuya), isterse de TBK md. 116 kıyasen uygulanmak suretiyle işletmenin sorumluluğuna gidebilmelidir. Kaldı ki, doktrinde, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan bir kişinin bir hayvanın fiili neticesinde zarar gördüğü bir olayda, zarar veren hayvanı doğrudan hakimiyetinde bulunduran bir kişinin, başkası adına çalışan sıfatına sahip olması halinde, bu kişinin yani malikin de, TBK md. 66'ya göre sorumlu olacağının kabul edileceği belirtilmektedir²⁷¹. Bu itibar ile de, aynı yorumun geliştirilerek ve uyarlanarak, olayımızda da uygulanabilmesi, dolayısıyla da kendi hakimiyet alanına alınmasını sağladığı hayvanların verebilecekleri zararları da üstlenmesi gerektiğini düşündüğümüz toplu taşıma işletmesinin, burada ise TBK md. 116'ya göre yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanmak suretiyle de sorumlu olması gerektiğini düşünmekteyiz²⁷². Kaldı ki, bu ifade ettiklerimiz bir kenara bırakılsa dahi,

²⁶⁹ Hakkaniyetin yasadan büyük olduğu yönünde bir deyiş olarak “*Billigkeit ist größer als das Recht*” bkz.: Günter Grundmann/Michael Strich/Werner Richey, **Rechtssprichwörter**, Leipzig, VEB Bibliographisches Institut, 1980, s. 25.

²⁷⁰ Zira TBK md. 67'ye göre sorumluluğu ortaya çıkaracak şartlardan biri olan egemenlik şartı ise “*bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenmek*” şeklinde formüle edilmektedir. Bkz.: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 162, Pn. 487.

²⁷¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 163, Pn. 491; ayr. bkz. Peter Portmann, **Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht: Heft 335, Berlin, Verlag Stämpfli & Cie, 1958, s. 57.

²⁷² Burada yardımcı kişi olarak zikrettiğimiz kişi, ifa yardımcısı olarak değil, kullanma yardımcısı olarak ele aldığımız ve hayvanı bulunduran kişi olan diğer yolcudur. İşletmenin kullandığı hak ise diğer yolcular ile birlikte seyahat etmektir. Zira, hayvan bulunduran bu kişinin toplu taşımada seyahat etmesine ilişkin hak, zarar gören (veya genel olarak yolcular) ile toplu taşıma işletmesi arasındaki yazılı olmayan sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. İşletme bu hakka dayanarak, alacaklı

her halükarda yolcunun güvenliğini sağlanamamış olması, başlı başına doğrudan sözleşmenin kötü ifa²⁷³ edildiği anlamına gelecektir.

Ayrıca burada toplu taşıma araçları²⁷⁴ örnek verilmiş olmakla birlikte, hayvanların dahil olabilmesinin sağlandığı (veya izin verildiği) sinema, tiyatro²⁷⁵, kafe, restoran gibi yerlerde de aynı örnekten yola çıkılarak değerlendirme yapmak gerekir, ki alışveriş merkezinde gezen ve henüz alışveriş yapma saikiyle hareket etmeyen kişilerin dahi bu korumadan yararlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan, bir borcun ifasında görevlendirilen kişinin, örneğin bahçe işlerini yapmak için gönderilen kalfanın, bu işi yapmaya köpeği ile gitmiş olması ve köpeğinin bahçede bir şeye zarar vermesi veya iş yerine gelen bir müşteriyi, dükkan kendisine emanet edilip gidilen elemanlardan birinin dükkana soktuğu köpeğin ısırması gibi somut hallerde, yardımcı kişiler TBK md. 67'deki hayvan bulunduranın sorumluluğu hükümlerince, bu kişileri kullanan kişiler ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olmalıdır²⁷⁶. Zira burada hayvanları, yardımcı kişinin, borç ilişkisinin karşı tarafına haksız olarak vermiş olduğu zararın doğumunda kullandığı herhangi bir araç olarak nazara almalıyız. Aynı şekilde bir kiracı, kendisi herhangi bir hayvana sahip olmasa da, kiralanana girmesine müsaade ettiği kişilerin hayvanlarının diğer kişilere (vücut bütünlüğüne veya malvarlığı değerlerine) verdiği zararlardan dolayı da, kullanma yardımcısı kullanan bir kişi

taraf üzerinde oluşturduğu rizikoları (hayatın olağan akış ve mantığına uygun düştüğü ölçüde) üstlenmelidir. Dolayısıyla, hayatın olağan akış ve mantığına uymayacak, kavram ve kurumların niteliğine aykırı düşecek durumlar ise, hayvanlara ilişkin somut yorumumuz aksine, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk oluşturmazlar. Aynı toplu taşımada, bir yolcunun diğer bir yolcuya zarar vermesi, buna örnek verilebilir. Bu örnekte işletme, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk veya doğrudan kendi fiillerinden sorumluluk altında değildir. Ancak, zarar veren yolcunun, işletmenin bir çalışanı olması ve bilet kontrolü gibi bir uygulama yaparken bir zarar vermesi durumu ise elbette yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusu içerisine girecektir.

²⁷³ “Schlechterfüllung”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 122.

²⁷⁴ Ayr. bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 77.

²⁷⁵ Ayrıca, bir tiyatro organizatörünün, organizesi altında bulunan yönetmen, oyuncu, makinist vs. diğer kişilerin fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabileceğine ilişkin bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 118.

²⁷⁶ Elbette, somut olayın şartları içerisinde, zarar veren hayvan, (metinde verdiğimiz örneklerden farklı olarak) yalnızca yardımcı kişi tarafından değil, yardımcı kişiyi kullanan borçlu tarafından da bulundurulmuş bir hayvan olarak nazara alınabilir ise, yardımcı kişiyi kullanan bakımından da, hayvan bulunduranın sorumluluğunu değerlendirebiliriz.

olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olmalıdır. Burada, bir borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında rol ve imkan verilen bir kişinin, arasında sözleşme ilişkisi bulunan bir kişiye zarar vermesi halinde, bu zararın sebebinin, yardımcının bu kişiye attığı tokat olması veya sahibi olduğu köpeğin ısırması olması arasında bir fark bulunmamalıdır.

Hayvanlara ilişkin bu bahiste nihai olarak eklemeliyiz ki, hayvanlar yardımcı kişi değildir. Ancak hayvanların, bir borç ilişkisinden doğan borcu ifa eden üçüncü kişilerin veya bir hakkın kullanılmasında rol oynayan kişilerin verdiği zararların aracı veya sebebi olmaları halinde, bu (hayvan bulunduran) kişileri borç ilişkisi içerisine sokan veya onlara müsaade eden kişiler, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk altında olmalıdır²⁷⁷.

2. Yardımcı Kişi Türleri

Bu başlık altında ise bir üst kavram olan, (Yardımcı kişi - Hilfsperson)²⁷⁸ ifadesinin muhtemel görünümelerini ele alacak ve yardımcı kişilerin sınıflandırılabilir en önemli türleri ve aralarındaki farkları açısından inceleme yapacağız.

a. Caiz Olan ve Olmayan Yardımcı Kişi

Yardımcı kişilerin türleri üst başlığı altında inceleyeceğimiz ilk ayrım caiz olan ve caiz olmayan yardımcı kişi ayrımıdır²⁷⁹.

Normal şartlarda borçlu, bir borcu kendisi ifa edebileceği gibi, bir başkasına ve çoğunlukla da bir yardımcı kişisine başvurarak ifa ettirebilecektir²⁸⁰. Kısaca

²⁷⁷ Bkz. Antalya, **Borçlar**, s. 306.

²⁷⁸ Erich Gayler, **Die Außervertragliche Haftung für Hilfspersonen**, Diss., Zürich, Buchdruckerei Wollishofen, 1944, s. 90.

²⁷⁹ Ayr. inc. Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 122.

²⁸⁰ Zerres, **a.g.e.**, s. 103; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul, İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971, s. 342; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 2; bkz. Yarg. 3. HD., 08.07.1998 T., 1998/6986 E., 1998/7576 K.: "...BK. md. 67'ye göre: "Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen

belirtebiliriz ki, borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olduğu durumlarda, ifayı yardımcı kişiye bırakması halinde caiz olmayan yardımcı kişi durumu ortaya çıkacakken, borçlunun şahsen ifayla zorunlu olmaması dolayısıyla ifayı bir yardımcıya bırakması halinde ise, caiz olan ifa yardımcısı durumundan bahsedebileceğiz.

Kurala ilişkin olarak öncelikle, TBK md. 83'deki genel hükme bakmak gerekecektir. Maddede, “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir*” denilmektedir. Madde incelendiğinde, şahsen ifanın kural olmadığını görmekteyiz²⁸¹. Dolayısıyla, yalnızca ifanın bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesinin alacaklı bakımından bir önem arz ettiği durumlarda, borçlu şahsen ifayla yükümlü olacaktır²⁸². Bunun dışında, borç, borçlunun sözleşme ilişkisi içerisindeki bir borcu ise, sözleşme hükümleri gereği de, bizzat ifa ile yükümlü olunabileceğini eklemek gerekir. Elbette bu duruma ayrılık da sözleşmenin ihlali anlamını taşıyabilecektir. İfaya dair özel hüküm niteliğinde olan, eser sözleşmelerine ilişkin TBK md. 471/3'deki “...Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir...” hükmünde ise yine aynı kural, genel hükümdeki kurala göre zıt şekilde ifade edilerek düzenlenmiştir. Bir başka şekilde

ifaya mecbur değildir.” O halde uygun ifa olmak koşuluyla alacaklı, üçüncü kişinin (ifa yardımcısı veya ifa temsilcisi gibi) ifasına katlanacaktır...” (LHBS).

²⁸¹ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 2.

²⁸² Tunçomağ, **Esaslar**, s. 342; Yarg. 23. HD, 18.12.2015 T., 2014/6520 E., 2015/8276 K.: “...Kaynağı gerek sözleşme, gerek haksız fiil olsun ve gerekse kanundan doğmuş olsun, borcun normal sona erme sebebi onun ifa edilmesidir. Borç, yine normal olarak borçlu tarafından ifa olunur. Ancak bu bir zaruret değildir. 6098 Sayılı TBK'nın 83. maddesi hükmüne göre, borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Borcun, borçlu tarafından değil de, üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi halinde, hukuki netice aynıdır. Yani, üçüncü kişi tarafından yapılan ifa, alacağı kendisine nakletmeyip, tıpkı borçlunun ifası halindeki gibi borcu sona erdirir. Bununla birlikte, Borçlar Kanunumuz, sınırlı bir şekilde tespit etmiş olduğu bazı hallerde, üçüncü kişinin ifasının borcu sona erdirmeyeceği ve fakat alacaklıyı tatmin eden üçüncü kişinin, borç ilişkisinde alacaklının yerine geçeceğini kabul etmiştir. İşte, bir borç ilişkisinde alacaklının yerini, ona ifada bulunan üçüncü kişinin almasını sağlayan müesseseye “Halefiyet” denir. Diğer bir anlatımla, halefiyet (ardıllık), başkasına ait borcu ifa eden üçüncü kişinin, alacaklının yerine geçmesi demektir. Bu durumda, borç ilişkisi ifa ile birlikte sona ermemiş olduğundan, ifada bulunan üçüncü kişi alacaklının elindeki alacağı garanti eden teminatlardan da yararlanır. Bu teminatlar, bundan böyle, ifada bulunan üçüncü kişinin rücu alacağına hizmet eder...” (KİB).

ifade edebiliriz ki borçlu, belirttiğimiz bu kuralların aksine olarak işi yardımcı kişilere teslim etmesi halinde caiz olmayan, bu kurallara göre hareket etmesi halinde ise caiz olan yardımcı kişi durumu ortaya çıkacaktır.

Caiz olmayan, yani şahsen ifa yükümlülüğüne aykırı olarak yardımcı kişi kullanılması durumunda, ortaya çıkan zararlardan dolayı borçlu ilk olarak TBK md. 112'deki “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” hükmü dolayısıyla sorumlu olacaktır²⁸³.

Roma hukuku uygulamasında²⁸⁴ dahi, benzer şekilde, işin caiz olarak bırakıldığı alt yardımcı kişinin uygun olmaması yanında, işin kendisine verilenden başkası vasıtasıyla yapılmasının yasaklanmasına rağmen başkasına bırakıldığı durumunda da, doğacak zararlardan (verilen kişinin uygunluğuna bakılmaksızın) doğrudan ilk kişinin sorumlu tutulmasının öngörüldüğü görülecektir²⁸⁵. Esasen soru, yardımcı kişi kullanmanın caiz olmadığı durumlarda (ki caiz olmama işin niteliğine uymama veya alacaklı tarafından yasaklanma gibi herhangi bir nedene bağlı olabilir), yalnızca TBK md. 112'nin mi, yoksa bununla birlikte yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin TBK md. 116'nın da mı uygulama alanı bulacağı üzerinedir²⁸⁶. Doktrinde, caiz olmayan yardımcı kişinin söz konusu olduğu hallerde, yardımcı

²⁸³ Ayr. bkz. Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 18; Tunçomağ, **Borçlar**, s. 841; Karahasan, **Sözleşme**, s. 554; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 25; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1428.

²⁸⁴ D. 19, 2, 13, 1 (Ulpianus'un Edictum'unun otuz ikinci kitabından): “*Eğer bir gemi kaptanı Minturna'ya götürülmek üzere bir yük almışsa, ve kendi gemisi nehri aşmak için yetersiz olduğu için malları nehrin ağzında kaybolan başka birine nakletmiş ise; bu durumda, ilk kaptan sorumlu olacaktır. Labeo der ki, eğer o kusurlu değilse sorumlu olmayacaktır; ancak eğer o malların sahibinin rızasına aykırı davranmış ise, veya malları nakletmemesi gereken bir zamanda nakletmiş ise, veya kendi gemisinden daha az uygun bir gemiye yüklenmişse; ona karşı dava açılabilir.*” şeklinde tercüme edilebilecek olan metin dikkate alındığında, bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 114: “D. 19, 2, 13, 1 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum): Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel intivo demino fecit vel quo debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.”; ayr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D19_Scott.htm#II, szt. 29.11.2017.

²⁸⁵ Ayrıca, armatörün kaptan gibi kişilerin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk altında olduğuna ilişkin olarak bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 115.

²⁸⁶ Koller, **101**, s. 61 vd.

kişilerin fiillerinden sorumluluğun değil, yalnızca yukarıdaki bahsettiğimiz md. 112 hükmünün uygulanması gerektiği ileri sürülmekte ise de, böyle bir ihtimalde md. 112 hükmünün yanında md. 116 hükmünün de uygulanmasında bir engel olmadığı yönündeki görüşü benimsemekteyiz²⁸⁷. Dolayısıyla alacaklının her iki hükme de gidebileceğini kabul ettiğimiz varsayımda, taleplerin yarışması²⁸⁸ söz konusu olacak ve alacaklı, seçimlik olarak talebini ileri sürebilecektir²⁸⁹.

Kanımızca, (yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğuran fiillerin yalnızca ifa ile alakalı durumlarla sınırlı kalmayacağına ilişkin kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda) yardımcı kişinin ifayla alakası olmayan, salt haksız fiil teşkil eden fiillerinden dolayı da, caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçluyu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa göre sorumlu tutmak daha uygun olacaktır. Dolayısıyla, caiz olmayan bir şekilde yardımcı kişi kullanan borçlu, yalnızca işin gereği gibi yerine getirilmemesi gibi sözleşmeye aykırılık teşkil eden durumlardan değil, aynı zamanda bu yardımcı kişilerin hırsızlık vs. gibi borçla ve ifayla doğrudan alakası olmayan haksız fiillerinden de sorumlu olacaktır. Bu itibarla, yardımcı kişi olarak görev alan kişinin, borçlunun talimatlarına uymayarak verdiği zararlar da, buradaki sorumluluğun kapsamına girecektir.

Kanaatimizce bu ayırımıda önemli olan soru, yardımcı kişinin caiz olmaması durumunda alacaklının zararlarını hangi hükümlere göre talep edeceğinden ziyade, borçlu ve alacaklı ile yardımcı üçüncü kişi arasındaki ilişki olacaktır. Yardımcı kişinin fiillerinin haksız fiil teşkil ettiği durumlarda, alacaklının zararlarını, gerek doğrudan yardımcı kişiye karşı haksız fiil hükümlerine göre talep edebilmesinde ve yine benimsediğimiz görüşler uyarınca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre doğrudan esas borçluya gitmesinde bir mesele yoktur. Peki ya, “yardımcı kişinin, borçlunun kendisine verdiği görevi olması gerektiği gibi yerine getirdiği durumlarda ne olacaktır?”, sorusunu yöneltmek gerekir.

²⁸⁷ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 110 vd.

²⁸⁸ “Anspruchskonkurrenz”.

²⁸⁹ Koller, **101**, s. 68; bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 337; ayr. inc. Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 174.

Örnekler üzerinden gidebiliriz. Bir konserde (X) şarkıcısı veya grubunu sahneye çıkartması için organizatörle anlaşma yapılan bir olayda, organizatörün (X) şarkıcısının yerine, başka bir şarkıcı olan (Y) ve yardımcı sanatçıları sahneye çıkardığını (ve bu kişilerin de durumdan haberdar olmadıklarını) düşünelim. Diğer bir örnekte ise alacaklının, ünlü bir sokak sanatçısı olan (B) ile, onun en meşhur eserlerinden birini, evinin bahçesine bakan duvarına tekrar resmetmesi konusunda anlaştığı bir durumda, (B)'nin bu işi (C) adındaki durumdan haberi olmayan genç bir sokak sanatçısına bıraktığını düşünelim. Verdiğimiz örneklerin ilkinde (Y) ve ikincisinde de (C), esasen borçluların kendilerine verdikleri işleri olması gerektiği gibi yerine getirmiş durumdadırlar. Dolayısıyla, borçlunun yardımcı kişi diye nitelendirdiğimiz, bu işi bırakmış olduğu kişilere rücu etmesi söz konusu olmamalıdır. Diğer taraftan her iki örnekte de alacaklı-borçlu ilişkisi anlamında TBK md. 112 hükmüne gitmek mümkündür. Zira ortada birer sözleşme ilişkisi mevcuttur ve borçlu borcunu hiç veya olması gerektiği gibi yerine getirmemiştir. Bu olaylarda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması nasıl olmalıdır?

Kanaatimizce, ilk örnekte yalnızca TBK md. 112 hükmüne, ikinci örnekte ise ikinci bir imkan olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine de gidilebilmelidir. Zira, ilk örnekte alacaklının zararına sebebiyet verecek fiillerin kaynağı yardımcı kişi değil, bizzat borçlunun kendisidir. Ancak, alacaklı ile yardımcı kişi ilişkileri bakımından, (somut örneklerde) durum farklılaşmaktadır. Buna göre, ilk örnekte alacaklı, (zarara sebebiyet verenin bizzat borçlunun kendisi olduğu düşünüldüğünde) sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil hükümlerinden birine dayanarak, üçüncü kişinin sorumluluğuna gidememelidir. İkinci örnekte verdiğimiz, duvarın başka bir kişi tarafından boyanmış olması hususunda ise yoruma ve somut olaya göre, haksız fiil veya en azından vekaletsiz iş görme hükümlerine göre alacaklının üçüncü kişiye de taleplerini yöneltebileceği kanaatindeyiz. Zira vekaletsiz iş görmeyi, hukuken bir yetkisi veya yükümlülüğü olmamasına rağmen, bir başkasının işini kendisi veya bir başkası yararına görmek vesilesiyle doğan hukuki

ilişki olarak tanımlamak mümkündür²⁹⁰.

Ayrıca, somut olaylardan da yola çıkarak, yardımcı kişinin haksız fiil veya vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olması noktasında, bu yardımcı kişinin kendisinin ifada kullanılmasının caiz olmadığını bilmiyor olmasının da, onu ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumsuz kılmayacağı kanısındayız. Esasen, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda (işin iş görenin menfaatine olduğu bir halde)²⁹¹ durumu bilen ve kötüniyetli addedilen kişinin durumu (iade borcu vs. kapsamında) daha ağır olarak değerlendirilmektedir²⁹². Ancak, vekaletsiz iş görenin bilgisizliğinin, somut olayda hükmedilecek tazminatın miktarına etki edebilme ihtimali de bakidir.

Yine bazı somut olaylarda, yardımcı kişinin doğrudan sorumluluğuna gidilemediği gibi, olayda üçüncü kişi kullanılmış olsa bile, borçlunun yalnızca TBK md. 112 gereği sorumluluğuna gitmek gerekebilir. Örneğin, yüklenicinin eserin inşası borcunu ifa için kullandığı üçüncü kişi mimar, çizilmesi gereken projeyi hatalı çizmişse ve yüklenici de bunu uygulamışsa yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu uygulamak gerekecektir²⁹³. Ancak, yüklenicinin mimara, şartlarını kendi belirlediği bir projeyi çizdirip, onu da (alacaklıyla arasındaki sözleşmeye göre inşa etmesi gereken eser yerine) inşa etmesi olayında ise yalnızca yüklenicinin TBK md. 112 gereği sorumluluğu doğmalıdır²⁹⁴. Zira son durumda mimarın, alacaklı ile sözleşme ilişkisi olmadığı gibi, alacaklı ile ne hukuki ne de fiili bir teması²⁹⁵ da bulunmamaktadır; ki onun faaliyet ve bilgi alanı, yalnızca yükleniciyle olan ilişkisi

²⁹⁰ Eren, **Özel**, s. 829; Tandoğan, **C. II**, s. 678 vd.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 675.

²⁹¹ Tandoğan, **C. II**, s. 677.

²⁹² Eren, **Özel**, s. 842 vd.; Tandoğan, **C. II**, s. 681 vd.

²⁹³ Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 75; Şenocak, **Yardımcı**, s. 114.

²⁹⁴ Ancak, bahsettiğimiz durumu bilen mimarın, buna rağmen (örneğin, sırf zarar verme maksatlı olarak) projeyi bu şekilde çizmesi ise somut olayda haksız fiil olarak değerlendirilebilir.

²⁹⁵ Yukarıdaki organizatör örneğinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine de gidilebileceği, burada ise yalnızca TBK md. 112'ye gidilebileceği yönündeki ayırımımızın sebebi, bu “temas” unsurudur.

sınırları içerisinde kalmaktadır²⁹⁶.

Son olarak, borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olmadığı, yani caiz olan yardımcı kişilerin bulunduğu durumlarda ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanabilmesi bakımından tereddüt olmayacaktır.

b. Gerçek Kişi Yardımcı ve Tüzel Kişi Yardımcı

Yardımcı kişi türleri bakımında değinebileceğimiz bir diğer ayrım ise gerçek kişi yardımcı ve tüzel kişi yardımcı ayrımıdır²⁹⁷. Borçlu, ister gerçek kişi, ister tüzel kişi olsun, ifa faaliyetlerinde yardımcı kişilerden yararlanabilecektir²⁹⁸. Aynı şekilde, ifa faaliyetlerinde kullanılacak olan yardımcının tüzel kişi veya gerçek kişi olması arasında teorik olarak bir fark bulunmamaktadır²⁹⁹.

Bu konuda, somut olayda bir adi ortaklığın³⁰⁰ söz konusu olduğu durumda, bu adi ortaklığın yaptığı bir iş içerisinde verdiği zararlardan dolayı da ortakların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince sorumlu olacakları ifade edilmektedir³⁰¹. Diğer bir ifade ile bu durumda (gerek zarara sebebiyet veren fiili ortaklardan biri, gerekse de ortaklardan birinin kullandığı bir üçüncü kişi gerçekleştirmiş olsun), yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ortaklığa değil, bizzat ortaklara ait olacaktır³⁰².

²⁹⁶ Mimarların sorumluluğu için ayr. bkz. Keller, **a.g.e.**, s. 359 vd.

²⁹⁷ Tüzel kişilerin türlerine ilişkin şema için ayr. bkz. Rolf H. Weber, **Schweizerisches Privatrecht: Personenrecht**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1998, s. 53 vd.; Aynı şekilde Türk Hukuku bakımından bkz. Pulaşlı/Korkut, **a.g.e.**, s. 183.

²⁹⁸ Weber, **Personenrecht**, s. 187; Portmann, **a.g.e.**, s. 44; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 39; Karl Oftinger, **Schweizerisches Haftpflichtrecht: Besonderer Teil**, C. 2, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1960, s. 104; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 260, Pn. 1193; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 11; Grieder, **a.g.e.**, s. 86; Çelik, **a.g.e.**, s. 52.

²⁹⁹ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 24; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 39; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 11; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 996; Hirsch, **a.g.e.**, Pn. 431; Antalya, **Borçlar**, s. 306; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 13.

³⁰⁰ “die einfache Gesellschaft”, inc. Rumpf, **a.g.e.**, § 19, Pn. 56 vd.

³⁰¹ Koller, **101**, s. 55; ayr. inc. Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 178.

³⁰² Buna karşılık, alacaklıya karşı bizzat kendi borcunu ifa eden kişinin yardımcı kişi olmadığı

Kanaatimizce, bu fikrin uygulanması bakımından da ikili bir ayrıma gitmek yerinde olacaktır. Buna göre, ortaklığın (daha doğrusu ortaklığı teşkil eden ortakların), yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olabilmesi için (tıpkı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktaki, yardımcı kişinin fiilleri borçlunun rızasıyla gerçekleştiriyor olması şartında olduğu gibi), ya fiili bizzat ortaklar gerçekleştiriyor ise gerçekleştiren ortak veya ortakların, ya da ortaklar bir işi yardımcı kişiler kullanarak yapıyorlar ise yardımcı kişi kullanan ortakların, kanuna veya sözleşmeye göre³⁰³ bu yetkiye sahip olmalarının aranması gerekir. Aksi durumda, yani ortaklardan birinin hiçbir yetkisi olmayan bir işten dolayı zarara sebebiyet vermesi durumunda, zararın kendi üzerinde kalması ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında diğer ortaklara sirayet etmemesi yerinde olacaktır. Böyle bir durumda hukuken de, TMK md. 630 f. 2 gereği, vekaletsiz iş görme durumunun ortaya çıkacağını söyleyebiliriz³⁰⁴.

Diğer taraftan belirtmek gerekirse, TMK md. 625'e göre gecikmesinde sakınca olan bir iş hasıl olduğunda ortaklardan her biri bu işin yapılması konusunda yetkili addedileceklerdir; ki bu durumda, söz konusu işi (gerek kendi eliyle gerek bir başka yardımcı kullanarak) yapan ortağın verdiği zararlardan dolayı ise diğer ortakların da somut olayda sorumlu olabileceğini ifade edebiliriz³⁰⁵.

Burada, yetkisiz ortağın yaptığı fiil ve işlemlerden doğan zararların yardımcı

yönündeki (buradaki gibi bir örnek düşünüldüğünde, uygun olmadığı sonucuna vardığımız) görüş için bkz. Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 20. Ayrıca aynı görüş, (substitut) kaim kişinin de yardımcı kişi sayılmamasını, bu duruma bağlamaktadır, **a.e.**, § 278, Pn. 20.

³⁰³ Bkz.: TBK md. 624: “Ortaklığın kararları, bütün ortakların oybirliğiyle alınır.

Sözleşmede kararların oy çokluğuyla alınacağı belirtilmişse çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir.”.

³⁰⁴ “Ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın, ortaklığın işlerini görmesi veya bu yetkiye sahip ortağın yetkisini aşması hâllerinde, vekâletsiz işgörmeye ilişkin hükümler uygulanır”.

³⁰⁵ Bkz.: TMK md. 625: “Yönetim, sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir.

Ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir.

Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.”.

kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında diğer ortaklara karşı ileri sürülememesi kastedilmemektedir. İfade etmek istediğimiz husus, ortaklardan birisinin, ortaklık konusu şeye veya ilişkiye dair yetkisiz olarak ve bizzat kendisinin kurduğu iş ve işlemlerdir. Yoksa, ortakların bir alacaklı karşısında birlikte kurdukları bir borç ilişkisinde, ortaklardan birinin, diğer ortakların veya ortaklığın arzusuna uygun veya aykırı yaptığı fiillerden doğan zararlar, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında diğer ortaklara yansımaktadır.

İfa yardımcısı olarak kullanılan yardımcı kişinin tüzel kişi olması durumunda, ifa faaliyetlerinde, tüzel kişinin organlarının kontrolünde görev yapan çalışanları yer alacaklardır. Çoğu durumda borçlunun, tüzel kişinin hangi çalışanlarını bu iş için görevlendireceğinden haberi olmayacaktır. Örneğin bir özel okul, öğrencileri ve öğretmenleri için güvenlik hizmeti veren bir şirket ile güvenlik konusunda anlaşma yaptığında, görevlendirilecek güvenlikçilerin kimler olduğuna güvenlik şirketi karar verecek ve okul(yani, öğrenciler bakımından borçlu taraf), kimlerin (hangi niteliklere sahip kişilerin) güvenlikçi olarak görev yaptığını bilmeyecektir. İster borçluyla tüzel kişi arasındaki anlaşmada kimlerin fiilen görev alacağı belirlenmiş olsun, ister yukarıdaki örnekte olduğu gibi fiilen ifade görev alacak olan yardımcıları belirlenmemiş olsun, borçlunun yardımcı kişilerden doğan sorumluluğunda bir değişiklik olmayacaktır.

Tüzel kişi bahsi içersinde iken yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından değerlendirilme konusu yapılabilecek bir diğer kurum ise akreditif kurumudur³⁰⁶. Özellikle satış sözleşmeleri bakımından yaygın bir uygulama alanı

³⁰⁶ Türleri için bkz.: Seza Reisoğlu, “Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları”, **Bankacılar Dergisi**, S. 52, 2005, s. 45 vd.; Aşağıda verilecek Yargıtay kararı ve örneklerin daha iyi anlaşılması bakımından, Yargıtay Genel Kurulunun bir kararında Akreditif ile ilgili verdiği tanımlamaları inceleyebiliriz. Esasen konumuzun dışına çıkmamak maksadı ile bu ayrıntılı bilgileri dipnotta vermek daha uygun olacaktır. Bkz. YHGK 04.11.1964 T., 1964/942 E. 1964/637 K.: “...Ne Borçlar, ne de Ticaret Yasasında akreditifin hukuki niteliğini açıkça düzenleyen bir hüküm vardır. Bu ticari işlem, Birinci Dünya Savaşından sonra ticareti gelişen dış ülkelerde bir ilerleme göstermiş, yurdumuzda da daha sonra, bankacılıkta sık sık rastlanan bir işlem olmuştur. Akreditif, ekonomi bakımından alıcı ile satıcı arasındaki ilişkide (münasebette), bir bankanın alıcıya sağladığı itibar olarak tanımlanabilir. Bu işleme, genellikle, dış ticarete başvurulmaktadır. Bir alıcının yurt dışındaki bir satıcıdan bir mal satın alırken, Bankaların komisyon karşılığında açtıkları akreditifin işlenmesi için hemen her zaman bir muhabir Bankayı

bulduğu ifade edilen akreditifte, alıcının, satıcının satılan üzerinde tasarruf yapabilme imkanı sağlayacak belgeleri vermesi karşılığında, karşı tarafa ödeme yapması konusunda talimat verdiği bir üçüncü (Tüzel) kişinin dahil olduğu ilişki söz konusudur³⁰⁷. Başka bir ifadeye göre tarafların, önce ifa kuralı karşısında birbirlerine duyulabilecek güvensizlik nedeniyle, bir üçüncü kişiyi (bir banka) edimlerin değişiminde aracı tayin ettikleri ve borçlarını bu üçüncü kişi nezdinde ifa ettikleri bir durumdur³⁰⁸. Ayrıca burada, alıcı ile satıcı arasındaki belgeleri teslim alan bankanın, bu belgelerin doğru olup olmadığı hususunda bir garanti borcu olmadığı; onun, belgeleri dış görünüşleri itibarıyla ve makul bir özenle incelemekle birlikte, bu belgelerin sahte olmasından dolayı sorumlu olmayacaklarının ifade edildiğini de

kullanmaları, işin özelliğinden doğan bir zorunluluktur. Bankacılıkta akreditifin bir çok türlerine (çeşitlerine) rastlanmaktadır. Bunlardan birisi de, belgeli akreditiftir. Belgeli (vesikalı) akreditif, alıcı yararına itibar tanıyan bankanın malı satanın akreditif şartlarında belli edilen belgeleri ibraz etmesi halinde parayı satıcıya ödemesi şeklinde kendisini gösterir. Bu durumu hukuki yönden açıklarsak, (belgeli akreditif, mal satın almış bir kimsenin, bir banka ile yaptığı anlaşma üzerine, o bankanın, belli belgelerin satıcı tarafından ibrazı karşılığında, bu satıcıya satış parasını ödemesini hedef tutan bir akittir) diye tanımlanabilir. Buna göre alıcı, Bankaya kendi hesabına satış parasını satıcıya ödeme yetkisini ve satıcıya da satış parasını kendi hesabına bankadan alma yetkisini vermektedir. O halde, bu, Borçlar Yasasının 457 inci maddesindeki (havele)nin tanımlanmasına uygun bir işlem, diğer deyimle havalelenin uygulandığı bir işlemdir. Havale, kayıtsız şartsız olabildiği gibi her hangi bir şarta (mesela belli belgelerin ibrazı şartına) bağlı olabilir. Bundan dolayı, belgelerin ibrazı şartı, işlemin havale sayılmamasını gerektirmez.

Kendisine karşı havale işlemi yapılan banka yani akreditifin açılması için kendisine başvuru bankası, kendi yararına havalede bulunulan (yani sattığı malın parasını alacak olan) satıcının bulunduğu yabancılıkta, genellikle, şubesi olmadığından, oradaki bir bankanın yardımı ile ödemeyi yaptıracaktır ki ticaret dilinde buna (muhabir banka) denir. Bu muhabir banka, belli kağıtların ibrazı karşılığında akreditif konusu mal parasını yani satıcı yararına havale olunan parayı ona öder. Satıcının parayı alması için ibraz etmek zorunda bulunduğu belgelerin neler olduğu ve bunların ne gibi yazıları kapsaması gerektiği, alıcının akreditif için başvurduğu bankaya verdiği talimat ile belli edilir. Bu banka tarafından muhabir bankaya, olduğu gibi ulaştırılan talimata muhabir bankanın uygun davranması esastır. Bunun için, muhabir bankanın, satıcının kendisine ibraz ettiği belgelerin hepsinin ibraz edilmiş olduğunu ve bu belgelerde talimatta öngörülen yazıların eksiksiz olarak bulunduğunu tesbit etmedikçe ödeme yapmaması gerekir. Teyitli akreditifte ise, akreditifi açan banka kendi yararına havalede bulunulan ve akreditif açılan üçüncü kişiye yani satıcıya karşı akreditifte gösterilen şartlar altında, akreditife yazılı bulunan parayı ödemeyi kendi adına da borçlanır ve bunu üçüncü kişiye (yani satıcıya) açıkça, bildirir. Şayet akreditifi açan bankanın satıcının bulunduğu ülkede şubesi yoksa o zaman, bu borçlanma bildirimini (beyanını) muhabir banka yapar ve yine muhabir banka bu bildirim dolayısıyla ayrıca borç altına girer...” (KİB).

³⁰⁷ Reisoglu, a.g.e., s. 39; Mehmet R. Uluç, “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. III, S. 3, 1966, s. 433; Eren, Genel, s. 949.

³⁰⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 337, ve dn. 297.

görmekteyiz³⁰⁹. Bu somut örneği bir kenara bırakacak olursak, taraflar arasındaki ilişki gereğince, akreditif ilişkisi içerisinde yer alan bankaların, taraflara verdikleri bu hizmetler kapsamında, tarafların doğabilecek zararlarından dolayı, birbirlerinden yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olmalarında teorik bir engel bulunmadığı düşüncesindeyiz³¹⁰. Nitekim Yargıtay'ın da, bankalar³¹¹ arasındaki ilişkiyi yardımcı kişilik ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirdiğini belirtmeliyiz³¹².

Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk bakımından yardımcı kişinin tüzel kişi olması bir farklılık arz etmeyecek³¹³ olmakla birlikte, borçlunun rücu edeceği kişinin, gerçek kişiye nazaran ekonomik gücü muhtemelen daha iyi olacak tüzel kişi olmasından dolayı, borçlunun daha iyi bir konumda olacağı belirtilebilir. Örneğin, borçlunun borcu ifa ederken yardımcı kişi olarak bir tüzel kişi

³⁰⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 39.

³¹⁰ Şenocak, **Yardımcı**, s. 149.

³¹¹ Ayrıca, özellikle dipnotlarda incelediğimiz Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere, bankaların çalıştırdıkları personellerin fiillerinden (bilhassa bankacılık işlem ve bilgileri kullanılmak suretiyle verilen zararlardan ötürü) sorumluluklarının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk pratiğinde yoğun ve ciddi bir öneme sahip olduğu görülmektedir.

³¹² Bkz.: Yarg. 11. HD., 15.11.1982 T., 1982/4852 E., 1982/5626 K.: "...*Vesikalı akreditif sistemine göre davacı banka amir banka, yabancı banka da muhabir banka durumundadır. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları gereğince (HGK. 4.11.1964 tarih ve 1942/D-T Esas, 637 Karar sayılı kararı ile Onbirinci Hukuk Dairesi'nin 22.4.1982 tarih 1982/1274-1845 sayılı kararı) yabancı ve yerli muhabir banka amir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de, BK.nun 100. maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur. Maddenin tercüme şekli yanlış anlamaya yer verecek şekilde yapılmış ve sanki sadece (kendisi ile beraber yaşayan şahısların veya mahiyetinde çalışanların) fiillerinden sorumluluk söz konusu imiş gibi yapılmıştır. Oysa maddenin başlığı (muavin şahısların meşkuliyeti) şeklinde geniş anlamı olduğu gibi İsviçre BK.nun karşılığı ve kaynak maddesi olan 101. maddesinde (... kendisi ile beraber yaşayan şahıslar veya mahiyetinde çalışanlar gibi, yardımcılara işin tevdiinden söz edilmekle maddede yazılı kişilerin sınırlayıcı değil örnek olarak gösterildiği açıkça belirtilmektedir. Bu yardımcı, borçlunun açık veya gizli rızasıyla ifa ya da haklı kullanma eylemlerine katılan herhangi bir kişi olabilir. (Aynı görüşte; Prof. Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 1961, sh. 436, 437; Prof. S.S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 1979 sh. 714, 716) bu durumda Amerika'daki muhabir bankayı davacı bankanın yardımcısı kabul etmek ve onun yanlış işleminden ve davalı ithalatçıya karşı davacı bankayı sorumlu tutmak gerekmektedir. Muhabir bankanın yanlış işlemi nedeniyle ödediği paranın sorumlusu davalı olamaz. Bu sebeplerle davanın reddi gerekirken taraflar arasındaki ilişkinin bir vesikalı akreditif işlemi olduğu hususu ve vesikalı akreditifin özelliği üzerinde durulmadan davalının ithal süresinin uzatılmasını talep etmediği gibi ilişki dışındaki bir nedene dayanılarak davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir..." (KİB).*

³¹³ Portmann, **a.g.e.**, s. 44.

kullandığı ve bu tüzel kişinin de borcu yerine getirmek amacıyla bir gerçek kişiyi kullandığı bir olayda, alacaklı/zarar gören kişi, hem bizzat zarara sebebiyet veren davranışları gerçekleştiren kişiye, hem onu görevlendiren bahsettiğimiz tüzel kişiye, hem de sürekli kullandığımız anlamıyla borcun esas sahibi olan ve yardımcı kişi kullanan kişiye başvurabilmelidir.

Yine, yukarıda kısaca ele aldığımız üzere, kamu hukuku tüzel kişilerinin, kamu hizmeti niteliğinde de olsa özel hukuk kuralları kapsamında yaptığı işlerden, sözleşmelerden, hizmetlerden dolayı bir zararın meydana gelmesi halinde özel hukuk kurallarının uygulanacağını ifade etmek gerekir³¹⁴. Değindiğimiz bu husus, Yargıtay’ın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu değerlendirdiği bir kararında³¹⁵ “...özel hukuk hükümlerine göre idare edilen kamu tüzel kişileri, üçüncü

³¹⁴ Ayr. ayrıntılı olarak bkz. YHGK, 22.03.2017 T., 2017/13-518 E., 2017/520 K.: “...Nitekim, kamu tüzel kişilerinin, kamu hizmetlerine dair olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemler özel hukuk alanına girmekle, bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemezler.

İdarenin taraf olduğu her sözleşme idarî sözleşme olarak kabul edilemez, zira idarî sözleşme ile idarenin sözleşmeleri kavramları tümüyle birbirinden ayrıdır. İdarenin idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan sözleşmelerine idari sözleşme denilmekte iken idarenin özel hukuk sözleşmeleri ise idarenin tüzelkişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak genel hükümler uyarınca yaptığı sözleşmelerdir. İdare, idari sözleşmeye sözleşmenin diğer tarafı ile eşit olarak katılmamakta, tam tersine kamu yararının temsilcisi olarak kamu yararını gerçekleştirmek şeklindeki üstün amacı sağlama gayesi ile katılmaktadır. Kamu yararı ile özel yarar eşit olamayacağından idari sözleşmelerin iki özel çıkar temsilcisi arasında yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuki rejime tabi olması gerekir. (Günday, M., İdare Hukuku, Ankara 2015, Güncellenmiş 10. Baskı, s.184-185)

818 Sayılı Borçlar Kanununun 1. Maddesine ve benzer şekilde 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 1. maddesine) göre iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleri ile sözleşme kurulur. Bu şekilde oluşmuş bulunan sözleşmeler özel norm niteliğindedir ve taraflar için bağlayıcı bir nitelik arz eder. İdarenin eşit iradesi ile katıldığı ve özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı sözleşmeler yapabileceği kuşkusuzdur. (Akyılmaz, B., İdare Hukuku, Konya Ocak 2004, s.302)

Bu açıklamalar ışığında somut uyumsuzluk incelendiğinde; davacı ile davalı Üniversite arasında 30.10.2007 tarihli “Eğitim Sözleşmesi” imzalanmış olup, bu sözleşmede davacıya 2007-2008 yılı eğitim ve öğretim dönemi için hizmetin 4.800,00-TL’ye satıldığı, bu kapsamda delil sözleşmesi yapıldığı gibi yetkili mahkemenin dahi kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda izah edilen niteliğini haiz davalının kamu gücünü kullanarak düzenlediği iş ve işlemlerden olmayıp, özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Özel hukuk ilişkisinin varlığı halinde taraflardan birisinin idare olması, sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 17.03.2010 gün, 2010/13- 64 E., 2010/145 K. sayılı kararında da aynı hususa dikkat çekilmiştir...” (KİB).

³¹⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı bir karar olması vesilesiyle, kararın metninin ilgili diğer kısımları da

kişilere karşı bir özel hukukuk tüzel kişisi gibi, organ (uzuv) durumunda olan ajanlarının haksız eylemlerinden dolayı Medeni Yasanın 47, 48 ve Borçlar Kanununun 41. maddeleri uyarınca ve yardımcı kişi niteliğindeki görevlilerin eylemlerinden ötürü de Borçlar Kanununun 55 ve 100. maddesi hükümlerince zarardan sorumlu tutulmaları gerektiğinden, haklarında üçüncü kişiler tarafından açılacak davaların "idari tam yargı davası" olarak nitelendirilmelerine hukukça olanak yoktur..." şeklinde ifade edilmek suretiyle de zikredilmiştir.

Ayrıca, belirli bazı şartlar altında kamu tüzel kişilerinin de tacir sayılabileceğini ve yaptıkları işlerin Türk Ticaret Kanunu hükümlerince değerlendirmeye tabi olabileceğini eklemek gerekir³¹⁶. Dolayısıyla da, bu kişilerin

incelenmek gerekir ise, kamu hukuku tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine tabi olacak iş ve işlemleriyle ilgili olarak bkz.: "...Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan idare eylem ve işlemi olarak nitelendirilmezler. Bu tür tasarruf ve muameleler idari karakter taşımadıklarından bunlardan doğan uyumsuzlukların, özel hukuk hükümleri uygulanmak suretiyle Adliye Mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir. İdarenin kamu hukuku alanındaki faaliyetleri sırasında meydana gelen sorumluluklarını düzenleyen ve idare hukukunun bu konuda temel teorisi olan hizmet kusuru teorisi (şahsi kusur - hizmet kusuru ayrımı), kamu idare ve kurumlarının kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde sözkonusu olup, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı kamu hizmetlerinde ve özellikle kuruluş yasalarında özel hukuk hükümlerine göre idare edilmek üzere kurulduğu belirtilen kuruluşlar ve 440 sayılı Kanunun 1. maddesi kapsamına giren, İktisadi Devlet Teşekkülleriyle iştirakleri ve müesseseleri eliyle yürüttüğü hizmetlere ilişkin faaliyetleri sırasında meydana gelen zarardan ötürü, ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğu özel hukuk hüküm ve ilkeleri uyarınca belirir.

Türk Ticaret Yasasının 18/1. maddesi uyarınca, özel hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere, Devlet, Vilayet ve Belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül veya müesseseler tacir sayılır...

...Davacıların, evlerinin yanması ile sonuçlanan olayın doğurduğu zarardan sorumlu olduğunu iddia ettikleri davalı İ... İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 3645 Sayılı Yasanın 1 ve 5. maddeleri gereğince, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiliği haiz ve İ... Belediyesine bağlı bir kuruluştur. İşletmenin gördüğü hizmet bir kamu hizmeti ise de faaliyetlerini özel hukuk kuralları altında yapmakta olması ve Türk Ticaret Kanununun 18/1. maddesi hükmünce tacir sayılması nedeniyle görevine ilişkin eylem ve işlemleri, Danıştay Yasasının 30/B maddesine öngörülen "idari" eylem ve işlem olarak nitelendirilemeyeceğinden faaliyeti sırasında meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerekip gerekmediği sorunun, idare hukukunun sorumluluk ilkelerine göre, idari yargı yerinde değil, özel hukuk hükmü ve kuralları uyarınca Adliye Mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir...", Yarg. 4. HD, 22.01.1975 T., 1973/11399 E., 1975/903 K. (KİB).

³¹⁶ Bkz. TTK md. 16: "Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.

Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan

işlemleri, elbette Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.

c. Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi

Yardımcı kişi türleri başlığı altında değinmemiz gereken bir diğer ayrım ise bağımlı-bağımsız yardımcı kişi ayrımı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, TBK md. 116'yı düzenleyen kanun koyucu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu yardımcı kişinin bağımlı bir yardımcı olması şartına bağlamamıştır³¹⁷. Dolayısıyla, yardımcı kişi olarak nitelendirdiğimiz kişilerin, borçlunun kendi bünyesinde ona bağlı olarak çalıştırdığı sürekli personeli olmasının veya bir defaya mahsus olmak üzere ifaya yardımcı olarak kullandığı herhangi birisi olmasının önemi bulunmamaktadır³¹⁸. Bu sebeple, yardımcı kişinin yaptığı işlerin bizzat borçlunun gözetiminde gerçekleştiriliyor olması ile yardımcı kişinin herhangi bir denetleme, gözlem veya taabiyetten bağımsız olarak işleri yürütmesi arasında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında bir fark olmayacaktır³¹⁹. Örneğin, bir tur operatörü, kendine bağlı olarak çalışan kişilerin fiillerinden, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince sorumlu olacağı gibi, kendisinden bağımsız faaliyet gösteren kişilerin yardımına başvurduğu durumda da yine aynı sorumluluk gereğince sorumlu olacaktır³²⁰. Ayrıca, kamu yetkililerinin

dernekler ve gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.”.

³¹⁷ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 42; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 23.04; Becker, **Obligationenrecht**, Art. 101, Pn. 9; Brieskorn, **a.g.e.**, s. 162; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 658; Tschudi, **a.g.e.**, s. 33; Altherr/Brem/Bühlmann, **a.g.e.**, s. 121, Pn. 2; Tunçomağ, **Borçlar**, s. 837; Karahasan, **Sözleşme**, s. 549; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9; BGE 70 II 220.

³¹⁸ Schmitt-Kessel, **Prütting**, § 278, Pn. 16; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 45; Becker, **Obligationenrecht**, Art. 101, Pn. 9; Şenocak, **Yardımcı**, s. 114; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 501; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 392, Pn. 657; Altherr/Brem/Bühlmann, **a.g.e.**, s. 122, Pn. 6.

³¹⁹ Tarkan Göksu, **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)**, 9. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 101, Pn. 6.

³²⁰ Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 92.

(çalışanlarının) dahi yardımcı kişi olabilecekleri ifade edilmektedir³²¹.

Çalışanın (yardımcı kişinin), borçlunun bağımlı bir personeli ve bir başkasının sürekli çalışan bir elamanı olup olmadığının önemli olmadığı, dolayısıyla hizmetine başvurulmuş kişinin fiillerinden sorumlu olunacağına kabulünde tereddüt bulunmayacağı, D. 4, 9, 7, 4 (Ulpianus'un edictum'unun on sekizinci kitabında): *"Gemi kaptanı bu eylemlerden dolayı kendi adına sorumludur, o belirtilen kişileri istihdam etmekle suçlanıyor; bu nedenle, ölmesi gerekse bile, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bununla birlikte, kendi kölesinin yönetiminden sorumlu olduğunda yalnızca noxal dava ile sorumludur; başkalarının kölelerinin yönetiminden sorumlu olduğunda ise onların sadık ve güvenilir olup olmadıkları tespit edilmelidir, ancak kendi kölelerinden ise, gemiye atadığı kölelerin ne çeşit köleler olduğuna bakılmaksızın mazur görülebilir."* şeklinde tercüme edebileceğimiz Roma hukuku metninden³²² de anlaşılmaktadır³²³.

Örnekler vermek gerekirse, uzun süreli kiralanan otel odasındaki bir arızanın giderilmesi için kullanılan yardımcı kişinin, otelin kendi personeli olması veya dışarıdan tamirci temin edilmesi, durumu değiştirmeyecek; bu kişilerin verdiği zarardan dolayı otel sahibi, borçlu sıfatıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olacaktır. Aynı şekilde, sivil hava taşımacılığı faaliyetlerinde, taşıyıcı firma, gerek kendi bünyesindeki kişilerin fiillerinden, gerekse de bağımsız olarak hizmetlerine başvurduğu, nakliye, yer hizmetleri, yakıt ikmal iletmesi, gıda hizmetleri gibi hizmetleri ifa eden kişilerin fiillerinden de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olacaktır³²⁴. Kısacası kanun koyucu,

³²¹ Fundel, **a.g.e.**, s. 118.

³²² Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D4_Scott.htm#IX, sz. 29.11.2017.

³²³ Bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 82: *"D. 4, 9, 7, 4 (Ulpianus libor octavo decimo ad edictum): Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit."*, çvr. <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest4.shtml>, sz. 10.07.2017.

³²⁴ Sinan Sami Akkurt, **Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 259.

borcunu bizzat ifa etmeyi tercih eden kişiyi kendi fiilinden, bizzat ifa etmek yerine her ne sıfatla olursa olsun (bağımlı veya bağımsız)³²⁵ yardımcı kişi kullanan borçluyu da yardımcılarının fiillerinden dolayı sorumlu tutmaktadır.

Yine örneğin, bir seyahat düzenleyicisi, bir tur organizatörü³²⁶, kendi borcunu ifa etmek için kendisiyle hiçbir bağı olmayan bir demiryolu hizmetini kullanmaya karar verir ve bu demiryolu işletmesinin kendi kusuru nedeniyle gecikmeler yaşanır, tur organizatörü bu işletmenin davranışlarıyla doğan zararlardan dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olacaktır³²⁷. Bunun gibi, yardımcı kişinin davranışlarında borçlunun hiçbir etkisinin söz konusu olmadığı hallerde dahi, borçlu ifayı (veya hakkın kullanılmasını) devrettiği ve ifada yararlandığı bu kişilerin fiillerinden sorumlu olacaktır³²⁸.

(1). Bağımsız Yardımcı Kişinin Tekel Konumda Olması

Bu başlık altında değişik ve tartışılması gereken bir ihtimal ise yardımcı kişi sıfatına sahip kişinin o iş konusunda (*monopolist*) tekel durumda bulunuyor olması halinde ortaya çıkacaktır³²⁹. Dolayısıyla bu noktada, postane hizmetleri³³⁰ veya demiryolu hizmetleri gibi tekel olarak hizmette olan birimlerin kullanılması durumunda doğacak zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanacak mıdır³³¹, sorusu gündeme gelecektir.

Bu konuda temel olarak iki bakış açısı vardır. Bir görüş, borçlunun seçme

³²⁵ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9.

³²⁶ Otel işletmelerinin, seyahat organizatörü için yardımcı kişi sayılabileceklerine ilişkin olarak ayr. bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 111.

³²⁷ Schwarze, **a.g.e.**, s. 577, Pn. 52.

³²⁸ Schwarze, **a.g.e.**, s. 577, Pn. 52.

³²⁹ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 43; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 299.

³³⁰ Ayrıca, posta gönderen kişinin, teslimi yaptığı bu kişilerden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esaslarına tabi olacağına ilişkin bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 108.

³³¹ Koller, **101**, s. 70; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 43; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 299; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 93; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 17.

imkanı³³² olmadığı düşüncesiyle, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmaması yönünde iken³³³; diğer görüş ise, borçlunun her halükarda tek el konumundaki yardımcıya giderek rücu edebileceği, bu sebeple de öncelikle alacaklının korunması gerektiği düşüncesiyle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün uygulanması yönündedir³³⁴.

Kanaatimize göre ise, bu şekilde doğrudan olumlu veya olumsuz cevap vermek yerine, tek el durumu ikiye ayırarak değerlendirme yapmak, daha uygun olacaktır. Şöyle ki, borçlunun ifanın en azından bir kısmında kullandığı tek el konumundaki yardımcı kişi, o işin yapılması hususunda olmazsa olmaz bir noktada ise, tek el konumundaki bu yardımcı kişinin fiillerinden dolayı borçluyu sorumlu tutmamak gerekir. Bu durumda, tek el-yardımcının fiilleri, borçlunun ifa sahasının tamamen dışında değerlendirilmelidir³³⁵. Bu ihtimale örnek olarak elektrik, su, ısınma gibi giderlerin de kira bedeli içerisinde olduğu kira sözleşmelerini örnek verebiliriz. Buna göre ev sahibi olan borçlu, kiracıya kullandırmayı taahhüt ettiği elektriği ve suyu tek el konumundaki işletmelerden sağlamak zorunda kalacaktır³³⁶. Bu durumda, sağlayıcıların bünyesinden kaynaklanan, su-elektrik kesintisi, voltaj farklılıkları başta olmak üzere ortaya çıkabilecek durumlardan ve bunların ortaya çıkarabileceği zararlardan ötürü borçlu ev sahibi, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olmamalıdır. Ayrıca burada, borçlunun seçme imkanının bulunmadığı da görülmektedir³³⁷.

İkinci ihtimalimizde ise borçlunun, borcunu şahsen ifa etmesinin önünde

³³² “Auswahlfreiheit”.

³³³ Tschudi, **a.g.e.**, s. 36 vd.

³³⁴ Koller, **101**, s. 70 vd.; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 43; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 44; Şenocak, **Yardımcı**, s. 115 vd.; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 17.

³³⁵ Ayr. bkz.: Koller, **101**, s. 70 vd.

³³⁶ Gerçi, bazı ülkelerde kullanıcıların, örneğin, elektrik gibi bir hizmeti, farklı işletmelerden, nükleer kaynaklı enerji, hidroelektrik kaynaklı enerjisi vs. gibi seçme imkanı bulunduğunu da eklemek gerekir.

³³⁷ Ancak, somut olay bakımından, nükleer enerji veya diğer enerji kaynaklarından elde edilen elektriğin dağıtıcıları arasında seçim yapma imkanı bulunan (Ör. Almanya gibi ülkelerde) borçlunun durumu ayrı olarak değerlendirilmeye açıktır.

kanunen veya fiilen bir engel bulunmamaktadır³³⁸. Ancak yardımcı kişi kullanmak istediği taktirde ise kullanabileceği yardımcı kişi tekel konumdadır. Kanaatimize göre bu halde ise borçlunun seçme imkanı bulunduğundan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün uygulanabilmesi gerekir. Böyle bir durumda fayda/yük dengesi³³⁹ açısından da borçlunun tekel konumdaki üçüncü kişi yardımcısı kullanmaktaki rizikoları üstlenmesi daha doğru olacaktır³⁴⁰. Zira incelendiğinde, borcun ifası anlamında, borçlunun bizzat kendi ifasının mı daha makbul olacağını, yoksa tekel konumdaki üçüncü kişinin mi ifayı daha doğru gerçekleştireceğinin ölçüsünü bilebilecek ve durumu değerlendirebilecek olan borçludur³⁴¹. Ayrıca, adam çalıştırmanın sorumluluğundaki bağımlılık unsurunun ve talimat verme gücünün-yetkisinin³⁴², yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta bir şart olarak ele alınmayacağını da eklemek gerekir.

Tekel konumda bulunan yardımcı kişiye dair hususta eklemek gerekir ki, borçlunun yardımcı kişi olarak başvurduğu kişinin, bir kamu hukuku tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olması ya da birden fazla seçenek arasından (örneğin, daha güvenilir olacağı düşüncesiyle) kamu tüzel kişisinin seçilmiş olması arasında bir fark bulunmayacak; borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilecektir.

Bazı özel hükümlerin, burada ve çalışmamız genelindeki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa dair görüşleri etkileyebileceğini de unutmamak gerekir. Öyle ki, tekel konuma sahip kişilerden dahi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğabileceğini belirtmiş olmakla birlikte, TBK md. 208/III³⁴³ hükmünü de düşünmek

³³⁸ Örneğin, borçlu, teslim etmesi gereken şeyi bizzat kendisi götürebileceği gibi, o şeyin teslimi konusunda tekel konumda olan kişiyi de kullanabilir: Koller, **101**, s. 71.

³³⁹ “Nutzen-Lasten Ausgleich”.

³⁴⁰ Koller, **101**, s. 71.

³⁴¹ Koller, **101**, s. 71.

³⁴² “Weisungsgewalt”; Beat Zirlick, **Freizeichnung von der Deliktshaftung**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003, s. 175.

³⁴³ Bkz. TBK md. 208: “Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda

gerekir. Dolayısıyla mesafe satışlarında, ilgili fıkra hükmü kapsamına giren bir durum olması halinde, satılan şeye gelecek zararlar bakımından, hasarın taşıyıcıya teslim anında alıcıya geçtiği kuralına göre hareket etmek gerekecektir³⁴⁴. Buna karşılık, satılanın tesliminde görevli olan taşıyıcının bağımsız olmadığı durumlarda ise yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmiştir³⁴⁵.

Ancak, buradaki maddenin (TBK md. 208) yarar ve hasara ilişkin olduğu düşünüldüğünde, taşıyıcı ister bağımlı bir taşıyıcı, ister bağımsız bir taşıyıcı olsun, satılana gelecek TBK md. 208 hükmü dışında kalan zararlar bakımından ise yine TBK md. 116'nın uygulanması değerlendirilecektir³⁴⁶. Buna göre, bağımsız taşıyıcının, satılanın hasar görmesine sebebiyet vermesi durumunda zarar, taşıyıcı ile alıcı arasında tazmin konusu olacak ve satıcı bu ilişkinin dışında kalacak iken; taşıyıcının teslimatı yaparken alıcının işyerinin duvarını yıkması gibi doğrudan satılanın hasarına ilişkin olmayan taşıyıcı fiilleri bakımından ise TBK md. 116 uygulanabilecektir³⁴⁷.

zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.”.

³⁴⁴ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 18.

³⁴⁵ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 18; Alıcının taşıyıcısının veya gönderen borçlunun bağımsız taşıyıcısının, yardımcı kişi sayılmayacağı yönünde bkz. Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430.

³⁴⁶ Ayrıca, taşıyıcı sıfatına sahip kişilerin, liman çalışanları gibi bağımsız kişilerin fiillerinden dolayı da TBK md. 116 hükümlerince sorumlu olabileceği bir somut örnek için bkz. Yarg. 11. HD., 21.11.2016 T., 2015/11819 E., 2016/8979 K.: “...kaldı ki varma yerinde de mühürün sağlam olduğunun görüldüğü, taşıyıcının malı alıcısına teslim eden kadar özen borcunun devam ettiği, konteynırın varma limanında liman çalışanlarınca boşaltılmış olabileceği, liman çalışanlarının taşıyıcının ifa yardımcısı olduğu bu sebeple taşıyıcının bu kişilerin eylemlerinde BK 100 gereğince sorumlu olacağı, ... gerekçesiyle davacının davasının kısmen kabulü ... karar verilmiştir. Kararı; davalı vekili temyiz etmiştir. ... tüm temyiz itirazları yerinde değildir...” (LHBS).

³⁴⁷ Bu haliyle değerlendirmemiz, tarafların sorumlulukları bakımından, pratikte ilginç sonuçlar meydana getirebilir. Ancak teorik anlamda, TBK md. 208 ve TBK md. 116 hükümlerinden yola çıkıldığında ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun uygulama şartları da düşünüldüğünde, bu şekilde bir sonuca varmak durumundayız; Ayrıca, TBK md. 208 hükmünün borçlu(satıcı)'yu koruyucu yapısının, TBK md. 116'nın alacaklıyı koruyucu yapısı karşısında baskın olduğu ve TBK md. 116'nın uygulamasını devre dışı bıraktığı da ifade edilebilmektedir, bkz. Serozan, **C. III**, s. 290, Pn. 11.

(2). Satış ve Üretim Çerçevesinde Rol Alan Bağımlı ve Bağımsız Kişiler

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında yardımcı kişi sayılıp sayılmama noktasında üzerinde düşünülmüş bir diğer konu ise, borçlunun ifada kullandığı veya sattığı ürünler çerçevesinde ortaya çıkan zararlarda, imalatçıların³⁴⁸, ara satıcıların veya taşıyıcıların yardımcı kişiler kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir³⁴⁹.

Soruyu yanıtlayan (konuya hazırlık faaliyetleri üst başlığı altında da yaklaşılmaktadır³⁵⁰) ve hakim olduğu belirtilen bir görüş, böyle bir durumda olumsuz cevap verilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁵¹. Buna karşılık doktrinde, soruya olumlu yanıt veren diğer görüş ise, borçlu nasıl ki kendi bağımlı taşıyıcı, sağlayıcılarından dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olacak ise, aynı şekilde kendi bağımlı personeli olmayan ancak borçluya mal getiren, sağlayan kişilerin fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanması, kısacası bu kişilerin de yardımcı kişi olarak nazara alınması gerektiğini ifade etmektedir³⁵².

Bu noktada, borçlu ile alacaklı ilişkilerinde, klasik anlamda haksız fiil hukuku ve ürün sorumluluğunun yetersizliğine dikkat çekilmektedir. Buna göre borçlu, borcu ifa ederken kullandığı şeylerin, imali ve temininde rol alan diğer kişilerden de sorumlu olmalıdır (ve bu, alacaklı için son derece önemlidir); ki alacaklı, borcun ifasında bir sorun çıktığında, çoğu vakit bunun borçludan mı, yoksa borçluya mal sağlayan başka bir kişiden mi kaynaklandığını veya borçlu ile üçüncü kişi arasında gerçek ilişkinin ne olduğunu bilemeyecek; kısacası zararın ve sorumluluğun

³⁴⁸ Üretici, ön taşıyıcı gibi kişilerin yardımcı kişi sayılmayacaklarına dair bkz. Alpmann, *Juris*, § 278, Pn. 19.

³⁴⁹ Federal mahkemenin de aynı soruyu sorduğunu görmekteyiz. Bkz.: BGE 82 II 136.

³⁵⁰ Bkz.: Koller, **101**, s. 43 vd.

³⁵¹ Koller, **101**, s. 45; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 895 vd.; Tschudi, **a.g.e.**, s. 36; Oetker/Maultzsch, **a.g.e.**, Pn. 68; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 386.

³⁵² Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 189.

kaynağının ayırdına varamayacaktır³⁵³.

Kanaatimizce, konuya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk dahilinde yaklaşan bakış açısının uygulanması yerinde olmakla birlikte, Türk hukuku anlamında kanun koyucunun getirdiği hükümler dolayısıyla, tartışmaya nokta koyacak hususlar bulunmaktadır³⁵⁴. Örneğin satılan şeyin ayıplı olmasına ilişkin bir hususta, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun³⁵⁵ “Tüketicinin Seçimlik Hakları” başlıklı 11. maddesinin 2. fıkrası incelendiğinde, “*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.*” şeklindeki hükümle, alıcının ayıplı mal karşısındaki hakları bakımından, yalnızca nihai satıcının³⁵⁶ değil, aynı zamanda üretici³⁵⁷ ve hatta ithalatçının³⁵⁸ dahi müteselsil olarak sorumlu olduğunun düzenlendiğini görmekteyiz. Yine aynı maddenin 6. fıkrasındaki “*Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.*” hükmü dolayısıyla, alacaklının söz konusu zararlarının da, müteselsil borçlulardan biri tarafından

³⁵³ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 190.

³⁵⁴ Ayr. Alman hukuku için bkz. Westermann/Bydlinski/Weber, *a.g.e.*, Pn. 6/34.

³⁵⁵ “Verbraucherschutzgesetz”, Rumpf, *a.g.e.*, § 14, Pn. 1.

³⁵⁶ Bkz.: TKHK md. 3 f. 1/i “...Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, ...”.

³⁵⁷ Bkz.: TKHK md. 3 f. 1/n “...Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişiyi, ...”.

³⁵⁸ Bkz.: TKHK md. 3 f. 1/e “..Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere mal veya hizmetleri ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını ticari veya mesleki amaçlarla ithal ederek satım, kira, finansal kiralama veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiyi, ...”.

karşılanması gerekir³⁵⁹.

Şüphesiz bahsettiğimiz hükümler TKHK md. 2’de “*Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar.*” hükmüyle de ifade edildiği üzere tüketici işlemleri³⁶⁰ ve tüketiciler³⁶¹ bakımından geçerli olacaktır. Ancak yukarıda borçlunun malı temin ettiği, ürettirdiği kişilerin fiillerinden de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kıyasen veya doğrudan uygulanması ve dolayısıyla da bu bahsi geçen kişilerin de yardımcı kişi sayılması gerektiğine ilişkin görüş doğrultusunda, tüketici işlemleri dışında da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kapsamının geniş olduğunu belirtebiliriz. Konu elbette satış ile sınırlı kalmayacaktır³⁶². Öyle ki, eser sözleşmesinde de yüklenicinin kullandığı malzemelerden dolayı sorumlu olduğunu TBK md. 472/1’deki “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*” hükmüyle de görmekteyiz. Ancak her ne kadar 472. maddede sorumluluk doğuran husus, yalnızca yüklenicinin malzemeleri sağladığı durumlarda ortaya çıkacak şekilde düzenlenmiş ise de, arsa payı karşılığı inşaat gibi

³⁵⁹ Esasen bu 6. fıkra olmasaydı dahi TBK md. 227’deki “*Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:*

1. *Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.*

2. *Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.*

3. *Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.*

4. *İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.*

Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır...” genel hükümlere göre tazminat istenebilmesi yönünde yorumda bulunacak idik.

³⁶⁰ Bkz.: TKHK md. 3 f. 1/1 “*...Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ...*”.

³⁶¹ Bkz.: TKHK md. 3 f. 1/k “*...Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,...*”.

³⁶² Barındırdığı tehlike değerlendirildiğinde, kanun koyucu tarafından birden fazla kişinin müteselsilen sorumlu tutulduğu başka bir örnek için bkz.: 5977 sayılı BGK md. 14: “*...Her ne amaçla olursa olsun piyasaya sürülmüş GDO ve ürünlerini karar koşullarına uygun olmayan bir şekilde muameleye tabi tutmak suretiyle veya başka bir yolla zararın ortaya çıkmasına ya da sonuçlarının ağırlaşmasına sebep olanlarla bunları ticari olarak üretenler, işleyenler, dağıtanlar ve pazarlayanlar bu zararlardan müteselsilen sorumludur...*”.

sözleşmelerde yüklenicinin de ortaya çıkarılan eserde doğrudan menfaat sahibi olduğu düşünüldüğünde, yükleniciye malzemeleri kendi veren, alacaklı tabir ettiğimiz tarafın da, bahsettiğimiz aynı ilkeler doğrultusunda sorumlu olabileceğini belirtmek gerekir.

Toparlayacak olursak, kanun koyucunun doğrudan düzenleme içerisine aldığı hususlar dışında kalan diğer durumlar bakımından verdiğimiz örneklerde, nihai satıcının, yüklenicinin veya diğer bir borcu ifa eden borçlunun, şeyleri temin ettiği kişilerden dolayı da (somut olayın şartlarına göre) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk yoluna gidebileceği yönündeki görüşe katıldığımızı tekrarlamak gerekir.

Yine eklemek gerekir ki, bazı hallerde alacaklıya zarar veren üçüncü kişi davranışlarından dolayı, TBK md. 116 veya TBK md. 66 hükmüne göre sorumluluk doğmasa dahi, borçlunun sorumluluğuna doğabilecektir. Örneğin, borçlunun dükkanda hiç işi olmayan ve orada bulunmaması gereken kalfasının, satılmış ve kenarda duran ürünlere zarar vermesi halinde, burada TBK md. 66 veya 116 anlamındaki sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmeyeceği ifade edilmektedir³⁶³. Ancak, satılan şeylerin zarara uğraması nedeniyle, satıcının sorumlu olacağı ortadadır³⁶⁴. Dolayısıyla böyle bir halde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğrudan veya dolaylı olarak uygulama ihtimali bulunmadığı ifade edilmektedir³⁶⁵.

Üretilen şeylerden doğan sorumluluğun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında farklı şekillerde değerlendirilmesi hususu dışında, üreticinin sorumluluğunun ortaya çıkabileceği bir diğer ihtimali zikretmek gerekir. Buna göre satılan bir şeyin, satış sözleşmesi yapıldığı sırada barındırdığı gizli ve açık ayıplardan³⁶⁶ dolayı satıcı, (kusursuz) sorumlu olmakla birlikte, satılan şey ile alakası

³⁶³ Koller, **Vertragsverletzungen**, s. 1499.

³⁶⁴ Koller, **Vertragsverletzungen**, s. 1499.

³⁶⁵ Koller, **Vertragsverletzungen**, s. 1499; Ancak buradaki örnekten, kendi işiyle alakalı olmayan bir fiil işleyen yardımcının verdiği zararın, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa neden olmayacağı genellemesi yapılmamalıdır. Zira borçlunun, ifa alanına sokarak, alacaklıya zarar vermesine sebebiyet verdiği yardımcı kişiler, o işle ilgili kişiler olamasalar da, fiilleriyle alacaklıya verdikleri zarardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet vereceklerdir.

³⁶⁶ Kavramlar için ayr. bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 67 vd.

olmayan (satılarda mevcut olmayan) bir durumdan meydana gelen zararlardan ise kural olarak satıcı sorumlu olmayacaktır. Ancak örneğin, satılan bir ürünün yalnızca satıcının yetkili tamircileri aracılığıyla tamir edilebildiği veya böyle bir zorunluluk olmasa da yine satıcının yetkili tamir servislerine tamir ettirildiği durumlarda, bu kişilerin verebilecekleri zararlardan dolayı, yetkilendiren ve hizmetini onaylayan üreticinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğabilecektir³⁶⁷.

³⁶⁷ Konu ekseninde Yargıtay'ın vermiş olduğu ayrıntılı ve uzunca bir kararın incelenmeye değer olduğunu belirtmemiz gerekir. bkz. Yarg. 4. HD, 10.04.2000 T., 2000/1199 E., 2000/3287 K.: "...Somut olayda davacıların davalının ürettiği kombi cihazından çıkan zehirli gazlar sonucu zarar gördükleri anlaşılmaktadır. Yine bu zararlandırıcı eylemin kombi cihazının gaz valfindaki ayarsızlıktan meydana geldiği, bu ayar işinin A... Teknik Hizmetler Servisince yapıldığı tartışmasızdır. Konu ile ilgili olarak tartışılması gereken yön, davalı ile yetkili kıldığı belge verdiği servis arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesidir. Aralarında bir çalışan çalıştırma ilişkisi olmadığı açıktır. Diğer bir ifade ile, yetkili servis, BK.nun 55. maddesindeki ilkelere bağlı kalınmak suretiyle onun talimatı ve denetimi altında çalıştığı düşünülemez. BK.nun 55. maddesindeki düzenlemede, çalışan, çalıştırmanın denetim ve talimatı altında ve ekonomik yararı ve sonuçları çalıştırmanın malvarlığında sonuç doğuracak biçimde iş yapan bir kimsedir. Somut olayda yetkili servis ile davalı arasındaki ilişki itibarıyla yetkili servisin kendi nam ve hesabına davalıdan bağımsız olarak çalıştığı görülmektedir. Ancak davalı ile yetkili servis arasında bir sözleşmenin bulunduğu tartışmasızdır. Bu sözleşmenin amacı başlığını taşıyan 1. maddesinde, "...müşterinin satın aldığı...tesisat cihazları veya ev cihazlarından satın alana azami faydayı sağlamayı" öngördüğü gibi, devamla, "...yetkili servisler mamulelerin kullanım müddeti içinde ortaya çıkabilecek arızaların bakım ve/veya tamirini müşteride en iyi intibai bırakacak şekilde zamanında ve noksansız olarak yapmayı kabul eder" koşulunu içermektedir. Ayrıca aynı sözleşmenin 7-14. maddelerinde yetkili servislerin nitelikleri ve servisin uyacağı kurallar açık biçimde sayılmıştır. Örnek olarak, yetkili servis elamanlarının yetki belgelerinin müşteriye gösterilmesi de ifade edilmiştir.

Tüm bu maddeler ve davalı ile servis arasındaki ilişki incelendiğinde, davalı üretici firma ile tüketici arasında malın satın alınması ile o malın en iyi şekilde bakım ve onarımının yapılması konusunda bir sözleşmenin kurulmuş olduğu görülmektedir. Bu sözleşme ile malı satın alan veya tüketici dediğimiz kişinin, bu konudaki taleplerinin davalı tarafından değil de onun yetkili kıldığı servis eliyle yerine getirildiğini görmekteyiz. Böylece malı satın alan ve kullanan ile, üretici arasında bir bakım ve onarımın yapılması, kısaca gereken hizmetin sunulması konusunda bir sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu sözleşme ile üreticinin onarım ve cihazın daha iyi kullanılmasına ilişkin bulunan bazı yükümlülüklerin yetkili servis dediğimiz birimlere bırakıldığı görülmektedir. Böylece yetkili servis, üreticiden aldığı yetkiye dayanarak hizmet sunmakta ve tüketicide malı satın almakla aralarında oluşan sözleşme uyarınca yetkili servisten hizmeti en iyi şekilde yerine getirmesini isteme hakkında sahip olmaktadır.

Açıklanan şu hukuki ilişki itibarıyla, davalı ile davacı arasında dolaylı da olsa bir sözleşmenin var olduğu, kabul edilmek gerekir. O halde bu tür uyumsuzluğun çözümündeki yasal dayanağın BK.nun 100. maddesinin olduğu kabul edilmelidir. Burada yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumlu olan kişi, bu yükümlülüğünü, bizzat değil, yardımcı kişileri kullanarak sağlamaktadır. Burada yardımcı kişinin davaya konu edilen olayda yetkili servisin malı kullanana verdiği zarardan davalı üreticinin sorumlu olmasıdır. BK.nun 100. maddesinde sözü edilen "yardımcı kişi" somut olayda "yetkili servis çalışanı" olarak kabul edilmeli veya en azından yetkili servis yardımcı kişi gibi

Diğer taraftan, hem ürün/şey kaynaklı sorumluluğu hem de doktorların sorumluluklarını bir araya getirebilecek ihtimal ise doktorların ilaçlardan meydana gelebilecek zararlardan sorumluluklarıdır³⁶⁸. Belirtmek gerekir ki, bir doktorun tıp bilimi açısından dahi etkisi bilinmeyen bir ilacı, reçete ile hastaya sunması durumunda, hasta bu ilaca ulaşma yetkisine ve kullanma imkanına sahip olacaktır³⁶⁹. Dolayısıyla, doktorun ilaç hukukuna³⁷⁰ aykırı olarak reçete düzenlemesi durumunda, bundan doğan zararlardan sorumlu olacağını söyleyebiliriz³⁷¹; ki tedavi olarak ifade ettiğimiz olgunun büyük bir kısmının da, ilaçların kullanımı ile meydana geldiğini belirtebiliriz. Bununla birlikte, insan sağlığına zararlı olabilecek bir ilacı üreten ve piyasaya süren kişilerin ya da firmaların, bundan doğacak zararlardan sorumlu olacakları ortadadır³⁷². Peki doktor, böyle bir ilacı reçeteye yazdığı için (Tıpkı tüketici hukukunda satıcının, üreticinin, ithalatçının birlikte sorumlu oldukları gibi) üretici firma ile birlikte sorumlu olabilir mi?

Kanaatimizce bir doktor, ilgili resmi kurumlarca onaylanmış, tıp ilmi bakımından kullanımında bir sakınca görülmeyen, devlet veya özel hukuk tüzel kişilerince üretilmiş herhangi bir ilacın insan sağlığına zararlı etkileri olmasından dolayı üreticinin kusurunu üstlenmemeli ve sorumlu olmamalıdır³⁷³. Buna karşılık tıp

nitelendirilmelidir. Anılan madde gözetildiğinde, davalının sorumlu tutulmaması için yetkili servisin yaptığı işi, bizzat kendisi yapmış olsa idi, zararın yine de meydana geleceğini kanıtlaması gerekir. Eldeki davada böyle bir savunma ve kanıt getirildiğine göre, sorumlu tutulması gerekmektedir...” (KİB).

³⁶⁸ Mehmet Demir, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının Ve Hekimin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 89, 2010, s. 124 vd.

³⁶⁹ Demir, **İlaç**, s. 125 vd.

³⁷⁰ Ayrıca konu ile ilgili çeşitli mevzuat için inc. çvr. <http://www.titck.gov.tr/Mevzuat>, szt. 19.10.2017.

³⁷¹ Demir, **İlaç**, s. 126 vd.; Ayrıca, doktorların (içerisinde ilaç yazmak da bulunan) tedaviye yönelik müdahalelerinin hukuka uygunluğu bakımından, tıp bilimine riayet edilmesi, hastanın onayının alınması, hastanın aydınlatılması gibi hususların göz önüne alınması gerekeceğini eklemek gerekir, inc. Ünsal Dönmez, “Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Hâlleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, s. 396 vd.

³⁷² İlaçlardan doğan sorumluluğun, ürün sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, organizasyon sorumluluğu bağlamında ayrıntılı incelenmesi bakımından ayr. inc. Dönmez, **a.g.e.**, s. 381 vd.

³⁷³ Ayr. bkz. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu md. 3/k: “*Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik ve temini esas olup, her türlü müstahzar, terkip, madde, malzeme, farmakope*

ilmi bakımından herhangi bir geçerliliği veya denetleyici resmi organlar tarafından izni olmayan ilaçların hastalara reçete edilmesi vesilesiyle ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı, bu ilacı üreten ve piyasaya süren kişilerin sorumluluğu olduğu gibi, doktorun ve doktor bir hastaneye bağlı olarak çalışıyor ise hastanenin de sorumluluğuna gidilebilmelidir.

İlaç ekseninde doktorlar dışında, bir diğer potansiyel sorumlu meslek ise eczacılıktır³⁷⁴. Örneğin, doktorun yazdığı bir reçete ile eczaneye gelen kişiye,

mamülleri, kozmetikler ve bunların üretiminde kullanılan ham ve yardımcı maddelerin ithal, ihraç, üretim, dağıtım ve tüketiminin, amaç dışı kullanılmak suretiyle fizik ve psikik bağımlılık yapan veya yapma ihtimali bulunan madde, ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddeler ile diğer terkiplerin kontrolüne, murakabesine ve bunların yurt içinde ve yurt dışında ücret karşılığı kalite kontrollerini yaptırmaya, özel mevzuata göre ruhsatlandırma, izin ve fiyat verme işlerini yürütmeye Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı yetkilidir.

Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır.”, ayr. aynı kanunun ek 10. maddesini inc.: “Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veya ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve hammaddeleri ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarından izin alınmasının yanında;

a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

c) Araştırmanın, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

ç) Araştırma sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

d) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

e) Üzerinde araştırma yapılacak ilgilinin, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

f) Yapılacak araştırmayı ilgili etik kurulun uygun görmesi,

şarttır.”.

³⁷⁴ Eczacıların mesleki sorumluluklarına ilişkin olarak ayr. bkz. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında yönetmelik md. 7: “Eczacının sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir.

a) Hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında kullanılan araçları ve tıbbi cihaz ve malzemeleri güvenli ve etkin bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur, bunlar hakkında yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmasını sağlar.

b) Tıbbi ürünlerin güvenli şekilde kullanımlarının sağlanması için advers etkilerin sistematik bir

reçetede yazandan başka bir ilacı veren, aynı ilaç olmakla birlikte üretici veya sağlık bakanlığı gibi otoritelerce daha önce toplatılmasına karar verilmiş bir seriyi veya tarihi geçmiş bir ürünü³⁷⁵ veren, yine doğru ilacı vermekle birlikte kullanımı konusunda hastaya yanlış ifadelerde (kutunun üzerine yazmak vs. gibi) bulunan eczane kalfasının fiillerinden dolayı da eczacının, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olabileceğini ifade etmek gerekir³⁷⁶

d. Yardımcı Kişi ve Alt Yardımcı Kişi

(1). Genel Olarak

Bu kısımda incelememizde fayda olan bir diğer ayrım ise yardımcı kişi alt yardımcı kişi ayrımıdır³⁷⁷. Borçlunun, bir üçüncü kimseyi fiilen kullanmak suretiyle

şekilde izlenmesi, bu hususta bilgi toplanması, kayıt altına alınması, değerlendirilmesi, arşivlenmesi, taraflar arasında irtibat kurulması ve beşeri tıbbi ürünlerin yol açabileceği zararın en alt düzeye indirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması hususlarında farmakovijilans çalışmalarının yürütülmesinde mevzuatın yüklediği görevleri yerine getirir.

c) İlaç sunumunun hatasız, reçete edilme amacına uygun, hastanın gereksinimleri ile uyumlu ve güvenli olmasını sağlar.

ç) Reçeteye tâbi olmayan ilaçların ve sağlığa ilişkin tüm ürünlerin hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlar ve bu konuda danışmanlık hizmeti verir.

d) İlaçların kullanımı, saklanması ve imhası ile ilgili potansiyel zararlılık risklerine karşı hasta, toplum ve çevre bilinci oluşturulmasını sağlar ve sorunların çözümünde aktif görev alır.

e) İlgili mevzuat çerçevesinde geçerli mesleki ve etik davranışları sergiler. Hastanın veya faydalanıcının özel yaşam ve mahremiyetini korur. Akılcı ilaç kullanımını sağlayarak bireyin sağlıklı olma hâlini ve yaşam kalitesini arttırmaya çalışır.

f) Olağanüstü hâl veya kriz dönemlerinde her türlü ilaç tedarik süreçlerinde etkin rol alır ve kamu kurum ve kuruluşlarına yardımcı olur.

g) Sahip ve mesul müdürü olduğu eczanedeki, eczane çalışanları ve eczacılık fakültesi stajyerlerinin görev dağılımlarını gerçekleştirir, çalışmalarını denetler ve koordine eder.”.

³⁷⁵ Ayr. bkz. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında yönetmelik md. 41: “Eczane sahip ve mesul müdürü, ilaçların miadını düzenli olarak kontrol eder. Bozulan ve miadı geçen ilaçları imha edilmek üzere satıştan kaldırması, ayrı bir alanda saklaması gerekir.

Miadı geçen veyahut kullanılamaz hâle gelmiş olan ilaçlar, eczane sahip veya mesul müdürü tarafından listelenir ve bu ilaçların imhası için il sağlık müdürlüğüne başvuru yapılır. İl sağlık müdürlüğü ve eczacı odası yetkilileri huzurunda tutanak düzenlenerek ilaçların imhası ilgili mevzuat doğrultusunda yapılır veya yaptırılır ve keyfiyet vergi dairesine bildirilir. Düzenlenen tutanak istendiğinde ibraz edilmek üzere eczanede muhafaza edilir.”.

³⁷⁶ Demir, **İlaç**, s. 123 vd.

³⁷⁷ “Unteragehilfe”, ayr. bkz. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 44: “Gehilfengehilfen”; Weber,

yardımcı kişilerden yararlanmış olduğu durumlarda, herhangi karışık bir durum bulunmamaktadır. Ancak, yardımcı kişinin de, yardımda bulunduğu ifa faaliyetinde bir alt yardımcı kişi kullanması durumunda ne olacağı, ayrıca incelenmelidir.

Yardımcı kişinin yardımcı kişi kullanmasının yasaklanmadığı, sözleşmeye veya işin niteliğine aykırı düşmediği hallerde, alt yardımcının vermiş olduğu zararlardan dolayı borçlu, esas yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olduğu gibi, yani aynı şekilde sorumlu olacaktır³⁷⁸. Buraya kadar herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, yardımcı kişinin, borçlunun alt yardımcı kullanılmaması gerektiğine veya kullanılacaksa da alt yardımcının niteliklerine ilişkin arzularının aksine davranması durumunda, nasıl bir yol izleneceği ise tartışmalıdır.

Alt yardımcı kişinin kullanılması noktasında bir görüş, durumu üçlü ayrıma tabi tutarak incelemektedir. Bu görüş kapsamında ilk olarak belirtmek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğrudan uygulanması bağlamında alt yardımcı kişi durumu, alt yardımcı kişinin aynı zamanda borçlunun yardımcısı olduğu durumda görülecektir³⁷⁹. Örneğin, bir bahçıvanın işçisinin, bahçıvanın da izni ile kendi oğlunu alacaklının bahçesindeki ağaçları kesmek için kullandığı somut bir olayda oğul, hem (babasının) ağaçları kesmekle görevli işçisi olarak alt yardımcı, hem de bahçıvanın yardımcı kişisi olarak nazara alınır denilmektedir³⁸⁰.

İkinci ihtimalde ise yardımcı kişinin kullandığı alt yardımcılarından sorumluluk yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü kıyasen³⁸¹ uygulanarak çözümlenmektedir. Örneğin, bir satıcı, satılan şeylerin naklini taşıyıcıya emrettiği ve açık³⁸² veya zımni³⁸³ olarak alt yardımcı kişi kullanılması konusunda

Berner, Art. 101, Pn. 53; **Schwenzer**, **a.g.e.**, Pn. 23.04; **Pfeiffer**, **Soergel**, § 278, Pn. 28; “Erfüllungsgehilfe des Erfüllungsgehilfen” olarak bkz. **Hirsch**, **a.g.e.**, Pn. 434 ve **Fikentscher/Heinemann**, **a.g.e.**, s. 393, Pn. 659.

³⁷⁸ **Büren**, **a.g.e.**, s. 396; **Schwenzer**, **a.g.e.**, Pn. 23.04; **Grundmann**, **Münchener**, § 278, Pn. 44; **Şenocak**, **Yardımcı**, s. 123; **Alpmann**, **Juris**, § 278, Pn. 16.

³⁷⁹ **Schmitt-Kessel**, **Prütting**, § 278, Pn. 16; **Koller**, **101**, s. 69.

³⁸⁰ **Koller**, **101**, s. 69.

³⁸¹ “*der analoge Anwendung*”.

³⁸² “*ausdrücklich*”.

yetkilendirmede bulunmadığı bir olayda, taşıyıcının taşıma işini TBK md. 83'ün³⁸⁴ verdiği yetki doğrultusunda kendi elemanları ile yapması durumunda (yukarıda verdiğimiz ilk ihtimalin aksine, taşıyıcının kullandığı elemanlar doğrudan borçlu/satıcı tarafından yetkilendirilmemelerine rağmen), bunların fiillerinden doğacak zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir³⁸⁵.

Bahsettiğimiz bu görüşün diğer ayağında ise, işin yapılması kendisine bırakılan ve açık veya örtülü olarak işi başkasına bırakabilme konusunda yetkilendirilmeyen ve hatta işin niteliği gereği de işi bir alt kişiye yaptırmaya yetkisi olmayan yardımcı kişilerin, kendilerine bırakılan işleri bu şekilde bir üçüncü kişiye bırakmaları halinde ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin doğrudan veya kıyasen uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁸⁶. Bu görüşe göre, örneğin, (V) isimli bir veterinerin, hasta bir hayvanın tedavisini kendisine bıraktığı ve açık veya zımni olarak başkasından yardım alması konusunda yetkilendirmediği asistanı (A), bu hayvanın tedavisi işini başka bir asistan olan (B)'ye bıraktığında, bu son durumda Veteriner (V), yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bağlamında sorumlu kabul edilmemektedir³⁸⁷.

³⁸³ “*stillschweigend*”.

³⁸⁴ “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*”.

³⁸⁵ Koller, **101**, s. 70.

³⁸⁶ Koller, **101**, s. 70; Bu gibi (alt yardımcı söz konusu olan) durumlarda da zikredebileceğimiz üzere, borçlunun yardımcılarının yetkilendirilmedikleri hususlarda zarar vermeleri gibi durumlarda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk değil, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin kurallara göre sorumlu olunacağına dair ayr. bkz. Honsell, **Hilfspersonen**, s. 788.

³⁸⁷ Koller, **101**, s. 70; Portmann, **a.g.e.**, s. 48; bu şekilde bir işin, (*substitut*) kaim kişi olarak nitelendirilebilecek (alacaklı ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan) başka bir kişiye devredilmesi halinde, bu kişinin verdiği zararların da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında ele alınabileceğini belirtmek gerekir.: Bkz. Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 68 vd.; Max Keller/Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, C. I, Basel und Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1988, s. 238; ayr. bkz. Büren, **a.g.e.**, s. 397 vd.; bkz. Wüstendörfer, **a.g.e.**, s. 6 vd.; krş. Loewenwarter, **a.g.e.**, s. 72; inc. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 27 vd.; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 60 vd.; inc. Tuhr/Siegwart, **a.g.e.**, s. 565; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 23.05 vd.; ancak her ihtimalde, borcunu veya başka bir ifade ile borç ilişkisindeki kendi yerini bir başkasına devreden kişinin, devrettiği kişinin seçimi gibi hususlardan dolayı da sorumlu olması gerektiği ifade edilebilir. bkz. Pfeiffer, **Soergel**,

Görüşlerden bir başkasına göre, yardımcı kişi kullanan borçlu, yalnızca ilk yardımcı kişiyi seçerken-denetlerken-talimat verirken mevcut olan kusurlarından sorumlu olacaktır ve bu durumda kusuru bulunmaması halinde ise alt yardımcı kişiden dolayı sorumlu olmayacaktır³⁸⁸. Bu görüşe göre, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olacak kişinin sorumluluğunun kaynağı, alt alta silsile içerisinde giden ve ifa ilişkisine bir şekilde (caiz veya caiz olmayan şekilde) dahil edilen alt yardımcı kişiler değil, doğrudan borçlunun kendi iradesiyle yardımlarına başvurduğu yardımcı kişilerdir³⁸⁹. Dolayısıyla, bu görüş doğrultusunda hareket edilecek olursa, yalnızca borçlunun doğrudan işi verdiği yardımcı kişiyi seçerken-denetlerken-talimat verirken kusurlu olup olmadığına bakılacak ve alt yardımcıların verdiği zararlardan sorumluluk da, bu şekilde değerlendirilecektir.

Ancak, daha makul olan görüşe göre ise borçlu, hem asıl yardımcı kişinin fiillerinden, hem de asıl yardımcı kişinin ifaya dahil ettiği alt yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacaktır³⁹⁰. Bu durum, alt yardımcı kişinin görevlendirilmesinin asıl borçlunun iradesine uygun olması hali için söz konusu olduğu gibi, alt yardımcı kullanmanın borçlunun arzusuna aykırı olduğu durumlarda da geçerlidir³⁹¹. Dolayısıyla, yardımcı kişinin alt yardımcı kişi kullanmasında borçlunun rızasının olup olmadığı hususu alacaklıyı bağlamamalıdır; öyle ki alacaklı, borçlu ile yardımcıların arasındaki iç ilişkiye dahil bile değildir³⁹².

§ 278, Pn. 35; ayr. kaim kişi için yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmayacağı yönünde bkz: Jacoby/Hinden/Kropholler, **StudienKommentar**, § 278, Pn. 3, Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/36; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 4; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 20; ayr. krş. Tripler, **a.g.e.**, s. 59; Metzler, **a.g.e.**, s. 145 vd.; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 393, Pn. 660; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1428 vd.; Serozan, **C. III**, s. 289, Pn. 8 vd.; kanaatimize de uygun olarak, kaim kişiler bakımından da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 15.

³⁸⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 124.

³⁸⁹ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 125.

³⁹⁰ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 168 vd.; inc. Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 393, Pn. 659; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 10.

³⁹¹ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 10.

³⁹² Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 168 vd.; ayrıca borçlunun, yardımcılarının denetiminde olan alt yardımcı sıfatına sahip kişilerden dolayı, (bu kişiler ile doğrudan temas halinde olmasa dahi) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri gereğince sorumlu olacağına ilişkin somut bir

Bu görüşe göre, bir kere kendi seçtiği yardımcı kişiyi ifa ilişkisine dahil eden kişi, netice itibariyle doğan zararları ve (alt yardımcı kişiye izin vermemiş dahi olsa) kullandığı kişinin başka yardımcı kişileri borcun ifasına dahil edebilme rizikolarını da mümkün kılmıştır³⁹³. Dolayısıyla buradaki sorumluluk, yardımcı kişinin alt yardımcı kişi kullanımını yasaklayıp yasaklanmadığıyla veya bu konuda bir arzusunun olup olmadığıyla değil, borçlunun ilk yardımcı kişiyi ifa ilişkisine kendi rızasıyla dahil etmiş olmasıyla aldığı sorumluluk ile değerlendirilmelidir³⁹⁴.

Kanaatimizce de, ifa faaliyetlerine yardımcı kişi dahil eden borçlu, bu yardımcı kişinin, alt yardımcı kullanması da dahil olmak üzere, ortaya çıkabilecek rizikoları başlangıçta üstlenmiş olmaktadır. Ayrıca, yardımcı kişi ile borçlu arasında olan bu durumun, alacaklıya yüklenmesi de uygun olmayacaktır. Kaldı ki, ifade kullandığı yardımcı kişinin borçlunun talimatlarına uymamak suretiyle sözleşmeyi ihlale veya doğrudan alacaklı bünyesinde bir haksız fiile sebebiyet vermesi

karar olarak bkz. Yarg. 13. HD, 26.11.1994 T., 1994/10149 E., 1994/10482 K.: “...Davacı, turist rehberi olduğunu, beraberindeki turistlerle birlikte davalı şirkette kaldığı sırada sabah kahvaltısında yabancıları ve sinekleri kovmak için kullanılan ilacın otelin garsonu tarafından üzerine dökülmesi sonucu feci şekilde yandığını davalı şirketin çalıştırdığı adamdan dolayı sorumlu olduğunu öne sürerek 20.000.000 TL. maddi 250.000.000 TL. manevi giderimin tahsiline karar verilmesini istemiştir...

...Davalı borçlu şirket borcun ifasında (otel hizmetlerinin karşılanması ediminin ifasında) yardımcı kişi kullandığı için BK. md. 100 uyarınca sorumluluğu gündeme gelir. BK. md. 100'de borçlunun borcun ifasında veya bir borçtan doğan hakkın kullanılmasında çalıştırdığı yardımcı kişinin, işini gördüğü sırada alacaklıya vermiş olduğu zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir. O nedenle BK. 100 akdi sorumlulukta uygulanır. Sorumluluğun özel şartlarından biri adam çalıştırma yardımcı kişi arasında bir çalışma ilişkisinin mevcut olmasıdır. Diğer de, zararın yardımcı kişinin kendisine bırakılan işi gördüğü sırada hukuka aykırı bir davranışla meydana getirmiş olmasıdır. Bağımlılık (çalışma) ilişkisinin en önemli unsuru da, adam çalıştırmanın, yardımcının hizmetinden yararlanmanın, adam çalıştırmanın amaç ve menfaatine yönelmesidir. Yardımcı hizmeti adam çalıştırmanın yararına görmeli, yapmalıdır. Bağımlılık ilişkisi doğrudan doğruya olabileceği gibi olayımızda olduğu gibi dolaylı da olabilir. Davalı gibi büyük işletmelerde adam çalıştırmanın, yardımcı kişilerin tamamı üzerinde gözetim ve denetim ödevini yerine getirmesi mümkün değildir. Adam çalıştırın bu gibi hallerde işin görülmesini diğer yardımcı kişiler yönetici gibi kişiler vasıtasıyla kontrol eder. Ancak bu hallerde adam çalıştırın en alt düzeydeki yardımcı kişilerin işin görülmesi sırasında başkalarına verdikleri zarardan sorumludur. Davacının sözleşme gereği davalının sunduğu kahvaltıda hizmet gören zararlandırıcı eylemde bulunan kişinin ismini açıklayıp kanıtlamasına gerek yoktur. Burada önemli olan, az yukarıda açıklanan hukuk kuralları altında davacıya zarar veren kişinin davalıya bağımlılık (çalışma) ilişkisi içinde bulunup bulunmadığının tesbitidir. Eğer bu kişi garson veya komi veya bu kıyafetle otelde davacıya hizmet veren, verdiği bir kişi olduğu belirlenirse bu kişinin BK. md. 100 anlamında davalının yardımcı kişisi olduğunun kabulü zorunlu olur...” (KİB).

³⁹³ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 169.

³⁹⁴ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 169; Kahveci, *a.g.e.*, md. 116, Pn. 10.

hallerinde borçluyu sorumlu tutmak, buna rağmen yine yardımcı kişinin borçlunun talimatlarına uymayarak ifaya başkalarını dahil etmesi durumunu alacaklı ile bu yardımcı kişi arasındaki bir durum saymak ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirmemek, uygun olmaz. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, borç ilişkisi içerisine sokulan üçüncü kişilerin, borçlunun talimatları altında olmalarına da gerek bulunmamaktadır³⁹⁵. Dolayısıyla borç ilişkisindeki asıl borçlu, bu ilişkiye dahil edilen diğer kişilerden ve bu kişilerin de kullandığı diğer kişilerden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olmalı iken; aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmayan alt yüklenici veya onların da kullandıkları yardımcıları gibi kişiler ise haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaklardır³⁹⁶.

Bahsettiğimiz görüşe paralel olarak bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında da, yüklenicinin işi devrettiği alt yüklenicinin, esas sözleşmenin karşı tarafıyla bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı; esas yüklenicinin, alt yüklenicinin işi ifasından dolayı sorumlu olduğu ve ayrıca alt yüklenicinin verdiği zararlardan ötürü de dolayısıyla OR art. 101'deki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olması gerektiği belirtilmiştir³⁹⁷.

³⁹⁵ Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/27.

³⁹⁶ Yarg. 11. HD, 14.06.2011 T., 2009/13760 E., 2011/7189 K.: “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacı tarafından, deniz yolu ile taşınacak davaya konu emtianın deniz nakliyat rizikolarına karşı sigortalandığı, sigortalanan emtianın hasarlanması üzerine davacının zararı ödediği, konşimento gereğince taşımayı davalılardan E...’in taahhüt ettiği, ancak taşımanın fiilen diğer davalı tarafından yapıldığı, konşimentonun asıl taşıyan tarafından düzenlendiği, dolayısıyla alt taşıyan ve adamlarının, asıl taşıyanın yardımcısı oldukları, bu kişilerin sözleşmeye aykırı davranışlarından asıl taşıyanın B.K.nun 100. maddesi gereğince sorumlu olduğu, alt taşıyanın ise B.K.nun 41. maddesi gereğince sorumluluğunun bulunduğu, asıl taşıyana izafeten acenteye karşı dava açılabilmesi için acentenin müvekkili nam ve hesabına sözleşme akdetmesinin ya da sözleşme kurulması hususunda aracılık etmesinin gerektiği. M... Gemi Acenteliği isminin sadece olaylar çizelgesinde geçtiği, N... nam ve hesabına işlem yaptığının zımnen anlaşıldığı, E...’in acenteliğini yapmamış olması sebebiyle aleyhine dava açılmayacağı, emtianın hasara uğramasından dolayı alt taşıyanın haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olduğu, T.T.K.nun 117. ve 119. maddelerinin ise sözleşmeden doğan uyumsuzluklara dair olduğu, bu sebeple S... Denizcilik ve Taş. Ltd. Şti.’ne karşı da dava açılmayacağı gerekçesiyle davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir.

...mahkemenin bu kabulünde bir yanlışlık bulunmamaktadır...” (KİB).

³⁹⁷ BGE 116 II 305.

Yine örnek olarak, sivil hava taşımacılık faaliyetlerinde, sözleşmenin tarafı olan taşıyıcının, taşıma işini kısmen veya tamamen gördürdüğü fiili taşıyıcıların fiilleri neticesinde meydana gelen zararlardan dolayı da, sorumlu olduğu ifade edilmektedir³⁹⁸. Bunun dışında TSHK md. 129/3’de ise taşıma işini ayrı ayrı gerçekleştiren (örneğin, ilk taşıyıcı, son taşıyıcı gibi) taşıyıcıların, meydana gelen zararlardan dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları “...*Bagaj veya yük taşımalarında yolcu veya göndericinin ilk taşıyıcıya, yolcu veya teslim almaya yetkili alıcının ise son taşıyıcıya karşı talepte bulunma hakları vardır. Ayrıca, bunlardan herbiri zararın, ziyanın veya gecikmenin meydana geldiği taşımayı yapan taşıyıcıya karşı da talepte bulunabilirler. Bu taşıyıcılar, yolcu, gönderici ve alıcıya karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur...*” şeklinde düzenlenmiştir³⁹⁹.

(2). Franchise Sözleşmesi Kapsamındaki Kişilerin Durumu

Alt yardımcı kişi başlığı altında, uygulamadaki yaygınlığı nedeniyle mutlaka ele alınması gereken bir diğer kurum ise Amerika Birleşik Devletleri kökenli bir sözleşme türü olan Franchise⁴⁰⁰ sözleşmeleridir⁴⁰¹. Franchise sözleşmeleri kanunlarımızda özel olarak düzenleme bulmuş sözleşme türlerinden birisi değildir⁴⁰². Bu noktada, isimsiz sözleşmeler de dahil olmak üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden

³⁹⁸ Akkurt, **a.g.e.**, s. 264.

³⁹⁹ “Birden çok taşıyan tarafından yapılan taşımalar” başlıklı aynı maddenin ilk iki fıkrası ise “Taşımanın birbiri ardınca değişik taşıyıcılar tarafından yapılması halinde; yolcu bagaj veya yükü kabul etmiş olan her taşıyıcı, bu Kanun hükümlerine tabi olur ve taşımanın kendi denetiminde yapılan bölümü ile ilgili olduğu ölçüde, taşıma sözleşmesinin taraflarından biri sayılır.

Böyle bir taşıma halinde; ilk taşıyıcı, taşımanın tümü için sorumluluğu açıkça yüklenmiş olmadıkça, yolcu veya yük sahipleri, sadece kaza veya gecikmenin meydana geldiği taşımayı yapan taşıyıcıya karşı talep hakkına sahip olabilirler.” şeklindedir.

⁴⁰⁰ Terim olarak bkz. Cosima Möller, “Der Franchisevertrag im Bürgerlichen Recht”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 203, 2003, s. 320 vd.; franchising türleri için ayrıntılı olarak bkz. Çiğdem Kırca, **Franchise Sözleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s. 36 vd.

⁴⁰¹ Eckhard Flohr, **Franchise-Vertrag**, München, Verlag C. H. Beck, 2010, s. 1; Möller, **a.g.e.**, s. 321; Ernst A. Kramer, **Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising**, 2. bs., Bern, Paul Haupt Verlag, 1992, s. 337 vd., 366; Kırca, **a.g.e.**, s. 3; Eren, **Özel**, s. 897.

⁴⁰² Kırca, **a.g.e.**, s. 15, 47; Bu durum, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından da, bir hususiyet arzetmeyecektir. Zira, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisinin varlığı gerekli ve yeterlidir.; Diğer sözleşme türleri ile karşılaştırılması için bkz. Flohr, **a.g.e.**, s. 27 vd.

sorumluluğun uygulanmasının mümkün olduğunu ifade edebiliriz⁴⁰³.

Franchise sözleşmeleri kısaca, franchise alanın, bir bedel karşılığında, franchise verenin, isim, marka, pazarlama ve organizasyon sistemleri, imajı, teknik deneyim ve bilgileri gibi sair hususlarını kullanmak suretiyle mal ve hizmet satışı hakkının elde ettiği bir sözleşme şeklinde tanımlanabilir⁴⁰⁴. Yargıtay ise franchise sözleşmelerini “*Franchising, bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getiren sözleşmesel ilişkidir.*” şeklinde tanımlamıştır⁴⁰⁵. Yine franchise sözleşmesinin, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen⁴⁰⁶, ivazlı, sürekli edimli⁴⁰⁷ ve bir çerçeve sözleşme niteliğine⁴⁰⁸ sahip olduğunu ifade edebiliriz⁴⁰⁹.

Genel bilgilere kısaca değindikten sonra, bu hukuki kurumun konumuzla ilgili kısmına gelinecek olursa, franchise sözleşmeleri ile oluşturulan hukuki ilişkinin de iki taraflı olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebileceğini değerlendirmekteyiz. Franchise sözleşmeleri oldukça kapsamlı

⁴⁰³ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 18 vd.

⁴⁰⁴ Eren, **Özel**, s. 898; ayr. bkz. Flohr, **a.g.e.**, s. 129 vd.; Karşılıklı borçlar için ayr. bkz.: Kramer, **a.g.e.**, s. 349 vd. ve kısaca bkz. Osman Berat Gürzumar, **Der Franchisevertrag unter Besonderer Berücksichtigung der Immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme**, Diss., Bern, Druck Copy Quick, 1991, s. 158-159; farklı tanımlamalar için ayr. bkz. Kırca, **a.g.e.**, s. 15 vd.

⁴⁰⁵ Bkz. Yarg. 19. HD, 25.06.2001 T., 2001/819 E., 2001/4917 K. Sayılı kararı.; Ayrıca kararda franchise verene ilişkin olarak “...Franchise veren ürüne, hizmete veya bilgi birikimine ve bunlara ait denenmiş kalitesi kanıtlanmış ve başarılı bir markaya, isme sahip ve bunların satış, dağıtım veya işletme hakkını belirli bir bedel karşılığı veren taraftır. Franchise veren isim, marka ve diğer ayırdedici özelliklerinin sahibi olmalı veya yasal olarak kullanım hakkına sahip bulunmalıdır. Ayrıca tescilli tüm ticari marka, logo, sembol, ve isimler ile ilgili tüm bilgileri Franchise alana vermesi gereklidir. Eğer herhangi bir hususta hukuki bir problem varsa bu yön ayrıca açıklanmalı ve Franchise veren o konularda taraf olduğu tüm hukuki davaları Franchise alana bildirmelidir...” ifadesi kaleme alınmıştır.

⁴⁰⁶ Patrick Giesler/Jürgen Nausschütt, **Franchiserecht**, 2. bs., Köln, Luchterhand, 2007, Pn. 68 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 20.

⁴⁰⁷ Giesler/Nausschütt, **a.g.e.**, Pn. 69, 69d; Kırca, **a.g.e.**, s. 20.

⁴⁰⁸ Giesler/Nausschütt, **a.g.e.**, Pn. 70; Kırca, **a.g.e.**, s. 22.

⁴⁰⁹ Eren, **Özel**, s. 901 vd.; Möller, **a.g.e.**, s. 323 vd.

alanlardan biri olduğundan, bu konudaki görüşlerimizi üç ayrı örnek ile açıklamayı uygun görmekteyiz.

İlk olarak, franchise alanın, müşterilere verdiği hizmette kullandığı yardımcı kişilerin müşterilere verdiği zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacağına tereddüt yoktur. Örneğin, franchise alan bir FastFood işletmesindeki personellerden birisinin, müşterilerden birisinin çocuğunu dövdüğü bir olayda, fiili işleyen yanında işletme sahibinin de yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması gerekir. Aynı zamanda böyle bir örnekte, franchise verenin (işletme konseptini sunan tarafın⁴¹⁰) de sorumluluğu bulunmalıdır. Şöyle ki, burada binlerce şubesi bulunan bir zincirin müşterileri, bu markanın adı altında hizmet veren bir işletmeye girdiğinde, bu alım satım ilişkisinin kurulması yönündeki saik, müşteri yönünden somut olaydaki franchise alana duyulan güven ve itibardan değil, doğrudan franchise veren markanın sağlamış olduğu güven ve itibardan kaynaklanacaktır. Daha yalın bir anlatımla, hiç kimse büyük bir markanın belirli bir şubesinin müdürünün çok iyi işletmeci olduğunu düşünerek böyle bir markadan hizmet almaz; bilakis müşteri, markanın ülke veya dünya çapındaki kalitesi, itibarı ve reklamları neticesinde sözleşme yapmaya karar verir⁴¹¹. Dolayısıyla bu güvenin boşa çıkmasına ilişkin durumu, yalnızca doğrudan seçtiği yardımcı kişilerin fiilleriyle alacaklıya zarar veren işletme sahibi franchise alan değil, aynı zamanda bu güvenin esas kaynağını teşkil eden franchise veren de karşılamalıdır. Diğer bir ifade ile, alacaklıyı sözleşme yapmaya iten esas saiklerin temelini oluşturan franchise verenin aradan çekilmesi suretiyle, zarar gören alacaklıyı yalnızca franchise alanla baş başa bırakmak, uygun olmayacaktır. Ayrıca, franchise ilişkisinin ortaya koyduğu menfaati en iyi şekilde temin eden franchise verenin, ortaya çıkan zararlardan sorumsuz olması, pek de hakkaniyete uymayacaktır. Kaldı ki, esasen günlük olarak da sık sık tecrübe ettiğimiz üzere çoğu durumda, franchise alanın organizasyon çevresini (bir bütünlük oluşturması maksadı ile) franchise veren dizayn etmektedir.

⁴¹⁰ Möller, **a.g.e.**, s. 320; Kırca, **a.g.e.**, s. 27.

⁴¹¹ Zira, her ne kadar franchise alan ve veren taraflar bağımsız tacirler olsalar da, aralarında imaj birliğinin bulunması gerekecektir, ki franchise alan kişi, müşterilerine sağladığı mal veya hizmetlerde, franchise verenin markasını (imajını) kullanır., inc. Kırca, **a.g.e.**, s. 30.

İkinci olarak, franchise alanın özensiz seçtiği bir personelin müşterilere bir zarar vermesi neticesinde franchise veren markanın itibar kaybına uğrama ihtimali de yok değildir. Burada franchise alanın kullandığı personelin hem ifa yardımcısı hem de kullanma yardımcı olarak nazara alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira franchise alınan ürün ve hizmetlerin müşterilere ulaştırılması, franchise veren karşısında hem bir borç hem de bir hak⁴¹². Dolayısıyla ister kullanma yardımcısı olarak isterse de ifa yardımcısı olarak düşünölsün, (“*Ehre verloren, alles verloren*” itibarı kaybetmek, herşeyi kaybetmektir⁴¹³, düşüncesiyle) franchise alanın seçtiği yardımcıların müşterilere bir zarar vermesi sebebiyle, franchise veren nezdinde ortaya çıkan itibar zedelenmesi, franchise sözleşmesinin uygulayıcı tarafı olan franchise alanın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu da ortaya çıkarmalıdır.

Üçüncü olarak franchise alanın işletmesinde kullanacağı personelleri franchise verenin bizzat kendisinin seçerek görevlendirdiğini varsayalım. Bu durumda da yine franchise veren tarafından, franchise alanın işletmesinde görev alacak olan bu kişilerin, müşterilere verdikleri bir zararın söz konusu olması halinde (yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk nedeniyle rücu ilişkisi bir kenara bırakılacak olursa), örneğin franchise alan, yaşanan bu olay nedeniyle ortaya çıkan kötü itibar ve işletmesindeki müşteri kaybı başta olmak üzere zararlarını da, yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri kapsamında isteyebilmelidir. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak işleyeceğimiz üzere, böyle bir durumda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta aranan farazi/varsayımsal kusur yanında franchise verenin doğrudan kusurunun bulunabileceği ihtimali de, elbette somut olayda değerlendirilecektir. Yine son bölümde işlenecek sorumsuzluk anlaşmaları başlıklı konuyla bağlantılı olarak, franchise verenin, kendi seçtiği kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin franchise alan ile anlaşma yapabilme ihtimalini ve genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin etkisini de akılda bulundurmak gerekir⁴¹⁴.

Yukarıdaki, franchise sözleşmesi tarafları arasındaki durumu kapsayan son iki

⁴¹² Ayr. bkz. Giesler/Nausschütt, **a.g.e.**, Pn. 152 vd.; inc. Kırca, **a.g.e.**, s. 147 vd.

⁴¹³ Grundmann/Strich/Richey, **a.g.e.**, s. 46.

⁴¹⁴ Bkz. B. IV: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğun Sınırlandırılması.

ihtimalden ziyade, uygulamada ilk ifade ettiğimiz örneğin, bu üçlü ilişkinin en zayıf halkası olarak nitelendirebileceğimiz müşteriler bakımından daha önemli olduğu ve yukarıdaki saydığımız sebeplerle de, zarar gören bir kişinin, franchise alan veya franchise verenin sorumluluğuna gidebilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu ifade etmeliyiz.

Diğer taraftan genel olarak franchise sözleşmelerinde franchise alanın mal ve hizmetleri franchise verenden veya franchise verenin işaret ettiği mal ve hizmetlerden seçme borcu olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁵. Bu itibarla da, kanaatimizce, hizmet alımı konusunda franchise verenin kendi belirlemeleri ile seçim yapmak zorunda kalan franchise alan, bu hizmetleri veren kişilerden dolayı işletme zararı yaşadığında, franchise verenin sorumluluğuna gidebilmelidir Aynı şekilde, franchise alanın işletmesindeki bu kişilerin fiillerinden dolayı zararlara uğrayan müşteriler de, franchise alanın ve franchise verenin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gidebilmelidir. Zira franchise sözleşmesinde personelin seçimi konusunda sözleşme ile belirleme yapan ve seçim iradesini kullanan franchise veren olacağı için ve nihayetinde bu kişilerin franchise alanın işletmesinde faaliyet göstermeleri yalnızca franchise alanın değil aynı zamanda franchise verenin de menfaatine ve sözleşmedeki ifaya ilişkin beklentisine hizmet ettiği için, (yani tüm bu nedenlerden dolayı) franchise vereni hizmet ifa eden yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı, franchise alanla birlikte sorumlu tutmamak uygun olmayacaktır.

Yine franchise alanın sır saklama borcunun⁴¹⁶ ihlalinin de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebileceğini ifade edebiliriz. Örneğin franchise alanın mal veya hizmeti sunduğu işletmesinde, hizmetinden yararlanacağı kişileri (franchise verenin doğrudan seçimi olmaksızın) bizzat kendisinin seçtiği bir somut sözleşme ilişkisinde, bu kişilerin işletme sırlarını ifşa etmeleri halinde işletme sahibi, bu kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmelidir. Ancak, buradaki fiillerinden sorumlu olunabilecek kişileri, hizmetinden yararlanılabilecek kişilerle sınırlı tutmamak

⁴¹⁵ Kırca, **a.g.e.**, s. 166 vd.; Eren, **Özel**, s. 913.

⁴¹⁶ Kırca, **a.g.e.**, s. 160; Eren, **Özel**, s. 913.

gerekir. Örneğin, işletme sahibinin işletme içerisine rızası ile soktuğu aile bireyleri gibi üçüncü kişilerin, işletme sahibinin ihlal etmemesi gereken borçlara uymayacak hareketlerde bulunmaları hallerinde de işletme sahibi/franchise alan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre franchise verene karşı sorumlu olmalıdır.

Nihayetinde (alt yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından ifade ettiğimiz düşüncelere paralel olarak) belirtmeliyiz ki, franchise alanın işletmesinde hizmet sunacak kişiler, ister franchise veren tarafından seçilsin; ister franchise verenin işaret ettiği bir grup içerisinde seçilsin; ister franchise alan tarafından özgür olarak seçilsin ve hatta franchise verenin iradesine ve sözleşmeye aykırı olarak uygun olmayan kişilerden seçilsin, her halükarda bu iç ilişkinin hizmetten veya maldan yararlanan alacaklıya karşı ileri sürülememesi ve yaratılan güven başta olmak üzere saydığımız düşünceler doğrultusunda, alacaklının her ihtimalde hem franchise verenin hem de franchise alanın yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğuna gidebilmesi uygun olacaktır.

e. Robotlar ve Yapay Zeka

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk başlığı altında günümüz itibariyle değinmemizde fayda olan bir diğer meseleyi ise robotlar (*Roboter; Robot*) ve yapay zeka (*Künstliche Intelligenz; Artificial Intelligence*)⁴¹⁷ kurumlarına dair üst başlık altında incelemek yerinde olacaktır⁴¹⁸. Konunun nispeten yeni, kendine has ve son derece güncel bir konu olması sebebiyle, bilgisayar ve makinelerle dair

⁴¹⁷ Tanımın doğumuna ve kavramın temellerine ilişkin olarak ayr. bkz. Michael Negnevitsky, **Artificial Intelligence: A Guide to Intelligent Systems**, 2. bs., England, Pearson Education Limited, 2005, s. 5 vd.

⁴¹⁸ Çalışmamızın başında ifade ettiğimiz üzere, ilerleyen ve değişen ticari yaşam şartlarından dolayı, uzmanlaşma, iş bölümü, hızlı ve seri üretim ve hizmet gibi nedenlerle borç ilişkileri, önceleri sık sık, günümüzde ise neredeyse kural olarak, yardımcı kişi olarak nitelendirdiğimiz kişilerin dahil olduğu ilişkiler halini almış bulunmaktadır. Borçların ifasında hayvanların ve makinelerin kullanıldığını halihazırda ifade etmekteyiz. Bunların dışında, doğrudan ihtiyaçlar doğrultusunda olmasa da, teknolojik gelişmelerin sunduğu imkanların meydana getirdiği bazı diğer kurum ve kavramların da, gerek günlük yaşam içerisinde, gerekse de borç ilişkileri içerisinde karşımıza çıkabileceğini görmekteyiz. Bu kavramlardan bazıları ise burada, robot ve yapay zeka üst başlıkları altında inceleyeceğimiz kavramlardır.

değerlendirmelerden ayrı bir başlık altında incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Nasıl ki ihtiyaçlar veya teknolojik gelişmeler neticesinde üretim ve hizmet eksenli borç ilişkilerine makineler, hayvanlar ve elbette gerçek ve tüzel kişiler zamanla dahil olmuş ve yaygınlıkları artmış ise aynı şekilde gerçek bir kişi veya hayvan gibi canlı olmayan, tüzel kişi niteliğine de sahip olmayan cansız varlıkların da borç ilişkileri içersinde ifa noktasında farklı şekillerde karşımıza çıkabileceğini öngörmemiz gerekir. Robotlar ve yapay zeka üst başlığı altında değineceğimiz bu konunun oldukça teknik bir konu olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hem teknik hususların derinliği bakımından, hem de çalışmamızın esas konu kapsamını aşmamak bakımından buradaki teknik konuların derinlemesine açıklanması yoluna gitmeyecek; ancak gerekli ve esas teşkil eden belirli noktaları kısaca irdedeceğiz.

Kavramsal ayırdını yapmamız gereken hususlardan bir tanesi robot ve bot ayrımıdır. Kısaca, fiziki bir donanıma ve bu donanıma işlevsellik kazandıracak yazılıma sahip cihazlara genel olarak *Robot* ismi verilmekte iken; fiziki bir varlığı olmayan, ancak yazılım tabanlı olan teknolojik ürüne ise genel olarak *Bot* ismi verildiğini görmekteyiz⁴¹⁹. Robotların birçok alanda kullanılmakta olduğunu ifade edebiliriz⁴²⁰. Özellikle askeri teknolojiler alanında da robotik sistemlere önemli bir yer ayrıldığını söylemek yanlış olmayacaktır; ki dünyadaki gelişmelere paralel şekilde, tamamı Türk yapımı insansız askeri hava araçlarının, bu sistemlere örnek olarak gösterilmiş olduğunu da görmekteyiz⁴²¹.

Ayrımını ifade etmemiz gereken bir diğer husus ise Otomatik-Otonom

⁴¹⁹ Çağlar Ersoy, **Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 5; Robotlara ilişkin ayr. bkz. Stuart Russell/Peter Norvig, **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 3. bs., New Jersey, Pearson Education Inc., 2010, s. 971 vd.; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 29, 2017, s. 88.

⁴²⁰ Örneğin NASA, bu kısımda incelediğimiz robotik sistemlerden en fazla faydalanan kurumların başında gelmektedir. İnc. NASA Technology TA 4: Robotics and Autonomous Systems, 2015, https://www.nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/2015_nasa_technology_roadmaps_ta_4_robotics_and_autonomous_systems_final.pdf, sz. 17.10.2017.

⁴²¹ Jenny R. Holzer/ Franklin L. Moses, “Autonomous Systems in the Intelligence Community: Many Possibilities and Challenges”, **Studies in Intelligence**, C. 59, S. 1, 2015, s. 27 vd.

sistemler ayrımıdır. *Otomatik (Automatic)* sistem olarak ele alınabilecek sistemler, iş veya işlemi yaptığı sırada bir insan tarafından müdahale edilmeyen, ancak kendi inisiyatifi doğrultusunda karar alma niteliğine sahip olmayan sistemler iken; *Otonom (Autonomous)* sistemler ise karar alma ve uygulama noktasında bağımsızlık özellikleri gösterebilen sistemlerdir⁴²².

Yapay Zeka kavramı ise kabaca, burada ele aldığımız teknolojik varlıkların karmaşık/kompleks bir şeyi/hususu algılayabilme ve nihai olarak da algılanan şeye ilişkin uygun kararlar verme işlemlerine/yeteneklerine sahip olabilmelerini ifade etmektedir⁴²³. Elbette her kavramda olduğu gibi, yapay zeka kavramının da farklı tanımları veya kriterleri olmasını beklemek gerekir⁴²⁴. Genel olarak ise bir sistemin yapay zeka olarak nitelendirilebilmesi için dört kategoride inceleme yapmamız gerektiği belirtilmektedir⁴²⁵. Bunlar ise, insan gibi hareket etme (*acting humanly*)⁴²⁶, insan gibi düşünme (*thinking humanly*), rasyonel hareket etme (*acting rationally*) ve rasyonel düşünme (*thinking rationally*) olarak ifade edilmektedirler⁴²⁷. Günümüzde yapay zekanın uygulamasına örnek olarak ise insansız otomobiller, ses tanıma, oyun yazılımları, lojistik planlama, otomatik çeviri yapabilen cihazlar, spam algılayan

⁴²² Ersoy, **a.g.e.**, s. 24; inc. <http://www.raeng.org.uk/publications/reports/autonomous-systems-report>, s. 17.10.2017; “Autonomous Systems: Social, Legal and Ethical Issues”, The Royal Academy of Engineering, 2009, s. 2 vd.; David P. Watson/David H. Scheidt, “Autonomous Systems”, **Johns Hopkins APL Technical Digest**, C. 26, S. 4, 2005, s. 368 vd.

⁴²³ Ersoy, **a.g.e.**, s. 29; ayr. bkz.: Negnevitsky, **a.g.e.**, s. 366: “*Artificial Intelligence (AI): The field of computer science concerned with developing machines that behave in a way that would be considered intelligent if observed in humans.*”.

⁴²⁴ Yapay Zekanın teorik ve uygulama sahasına ilişkin olarak ayr. bkz. Patrick Henry Winston, **Artificial Intelligence**, 3. bs., United States of America, Addison-Wesley Publishing Company, 1992, s. 5 vd.

⁴²⁵ Russell/Norvig, **a.g.e.**, s. 2.

⁴²⁶ Ayrıca yapay zekanın değerlendirilmesi noktasında “*Turing Testi*” için ayr. bkz. Russell/Norvig, **a.g.e.**, s. 2; aynı şekilde bkz. Kristian Hammond, **Practical Artificial Intelligence for Dummies**, Narrative Science Edition, New Jersey, John Wiley & Sons Inc., 2015, s. 32; bkz. Negnevitsky, **a.g.e.**, s. 2.

⁴²⁷ Russell/Norvig, **a.g.e.**, s. 2 vd.; (Özellikle zeki) insanların yaptığı şeyleri, bilgisayar sistemlerine de yapma imkanı tanıma, gibi basit bir tanım da yapabiliriz, inc. Hammond, **a.g.e.**, s. 5; aynı şekilde bkz. Negnevitsky, **a.g.e.**, s. 2.

sistemler ve elbette genel olarak robotlar örnek gösterilmektedir⁴²⁸.

Konunun son derece teknik ve çoğu noktada yeni olması gibi sebeplerle, yapay zekaya sahip robotların veya genel olarak robotların hukuki durumlarının tartışmalı olması şaşırtıcı bir husus olmayacaktır. Hukuki sorumluluk anlamında ise robotları eşya kabul ettiğimizde veri gizliliği, fikri mülkiyet, tüketicinin korunması hususlarının; robotu özne olarak kabul ettiğimizde ise elektronik kişilik, hukuki ve cezai sorumluluk kavramlarının tartışma konusu olacağı ifade edilmektedir; ki günümüzdeki eğilimin robotların eşya niteliğine sahip olduğunun kabulüne yönelik görüldüğünü ekleyebiliriz⁴²⁹.

Peki, yapay zekanın ve robotların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında eldeki sorumluluk hukukuna dair somut mevzuat hükümlerince değerlendirilmesi noktasında nasıl bir yol izlemek gerekir⁴³⁰? Yapay zekaya sahip olmak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında yardımcı kişi sayılmaya veya genel olarak da başlıbaşına kişilik statüsüne sahip olmaya sebebiyet teşkil etmeli midir? Cevaplandırılması gereken en temel soruların başında bunların geldiğini ifade etmek yanlış olmaz⁴³¹.

Çalışmamızda ifade ettiğimiz gibi, yardımcı kişi, ister borçluya bağımlı isterse bağımsız olsun, ister borç ilişkisinin tamamında isterse de belirli bir kısmında etkili olsun, ister bir borcu ifa etsin isterse de bir hakkı kullansın, ister bir gerçek kişi isterse de bir tüzel kişi olsun, borçlunun rızası ile bu ilişkiye dahil edilen kişileri

⁴²⁸ Russell/Norvig, **a.g.e.**, s. 28 vd.

⁴²⁹ Ersoy, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Ayrıca robotların hukuki statülerine ilişkin olarak, robotlar için özel bir ayrı hukuki statüye ihtiyaç bulunmadığı, robotların insan olmayan ayrı öznelere olabileceği, robotların kullanıcıların temsilcisi olabileceğine ilişkin farklı görüşler için bkz. **a.e.**, s. 85 vd.

⁴³⁰ İnc. Melinda Florina Müller, “Roboter und Recht: Eine Einführung”, **Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle**, Zürich/St. Gallen, 5/2014, s. 600 vd.

⁴³¹ Yapay zekaya ve robotlara ilişkin hukuki tartışmaların bulunduğunu halihazırda ifade etmiş bulunmaktayız. Doğaldır ki, yapay zekaya ve robotlara ilişkin bir doktrinin oluşabilmesi için en önemli husus, bu konularda somut mevzuat düzenlemeleri bulunmasıdır. Bunun yanında elbette, herhangi bir husus, herhangi bir somut mevzuat hükmüyle düzenlenmemiş olsa dahi, toplumsal ihtiyaçların kanun koyuculara ve dolayısıyla da kanunlara yansıtılması maksadıyla doktrinde ele alınabilecektir. Bu noktada; uluslararası olarak ve özellikle de yerel anlamda yapay zeka ve robotlara ilişkin ayrı somut hukuki düzenlemelerin mevcut olduğundan bahsedemeyiz. Acil bir düzenleme ihtiyacı bulunup bulunmadığı ise tartışmaya açık bir durumdur.

ifade etmektedir. Bunların dışında, bir borcun ifasında kullanılıyor olsalar da, bilgisayarların veya hayvanların yardımcı kişi olarak nitelendirilemeyeceklerini, ancak borç ilişkisindeki veya borç ilişkisi dışındaki üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebebiyet vermekle birlikte borçlunun sorumluluğuna yol açabileceklerini ifade etmekteyiz.

Yapay zekaya sahip robotların hukuki anlamda kişi sayılabilmeleri, mevcut mevzuat hükümlerince mümkün görünmemektedir. Dahası, robotların kişilik statüsüne sahip edilmesini gerektirecek toplumsal, hukuksal, ekonomik vs. bir temelin veya gerekliliğin bulunduğundan da bahsedemeyeceğiz⁴³². Bahsettiğimiz bu teknolojiler ve robotlar günlük yaşam içerisinde sıkça yer almaya başlar ve özellikle de kendi inisiyatifleriyle karar alıp uygulayabilen otonom sistemler insan hayatının vazgeçilmez parçaları haline gelirler ise, elbette biz de dahil olmak üzere doktrindeki tüm görüşlerin yönelim değiştirmesi tabiidir⁴³³. Öyle ki, MAA md. 39⁴³⁴ dahi, “Zamanın değişmesiyle, hükümlerin de değişmesi inkâr olunamaz.”⁴³⁵ ifadesini

⁴³² Yapay zekaya sahip robotlar gibi otonom sisteme sahip teknolojilerin, kişi statüsüne sahip olup olmaması gerektiğine dair ikilem, bunların kendi inisiyatifleri ile karar almaları ve uygulamalarına dayandırılacak olsa da, kanaatimizce an itibarıyla, özel bir kişilik statüsü tanınması bir gereklilik halini almış noktada değildir. Öyle ki, sırf kendi başına hareket edebilme ve kendi arzularına göre karar alma kabiliyetine sahip olmayı kişi saymak için yeterli sayarsak veya kriter olarak belirler isek, hayvanlara da kişilik tanınması gerekebilir düşüncesindeyiz. Kaldı ki, en basitinden köpeklerin, uyuşturu ve patlayıcı maddelerin veyahut çığ veya göçük altında kalan insanların aranması ve bulunmasından, görme engelli kişilerin refakatçiliğine, koyunların otlatılması ve korumasına kadar birçok alanda hizmet verdiklerini görmekteyiz. Hatta, alıcısına bal satma borcu altına giren arıcının sahip olduğu kovanlardaki arıların dahi kendi inisiyatifleriyle hareket ettiklerini unutmamak gerekir; ki hayvanlara dair verebileceğimiz bu örneklerin sonu görünmemektedir. Dolayısıyla kanaatimizce, kendi başına hareket edebilme kabiliyetine sahip olmak kişi sayılabilme noktasında önemli bir nokta olsa da, tek başına kişi sayılmayı gerektirecek bir unsur olmamalıdır.

⁴³³ Bkz. Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 93; Ayr. Robotlar, insansız araçlar, otonom sistemler geliştikçe, şüphesiz bu sistemlere ait hukuki altyapılar da hem değişecek, hem de artacaktır. Konuya ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletleri’nin Nevada eyaletine ait sürücüsüz taşıtlara dair düzenlemeyi (çvr. https://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_R1.pdf, sz. 17.10.2017.) veya ülkemizde ise Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’nün talimatnamesini (*İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarındaki Operasyonlarının Usul Ve Esaslarına İlişkin Talimat (SHT-İHA)*) (çvr. <http://web.shgm.gov.tr/doc5/sht-ih.pdf>, sz. 17.10.2017.) örnek verebiliriz, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 102-103.

⁴³⁴ “İlâd yünkerü't-teğayyürül-ahkâmi bi't-teğayyürü'l-ezmân - Ezmânın tagayyürü ile âhkâmın tagayyürü inkâr olunamaz.”.

⁴³⁵ İnc. Ahmet Şimşirgil/Ekrem Buğra Ekinci, **Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s. 119 vd.

kullanmıştır. Bu potansiyel yönelim değişikliği robotik sistemler lehine olumlu olabileceği gibi, doğabilecek zarar ve tehlikelere göre olumsuz da olabilir. Zira, günümüz teknolojileri, tabiri yerinde ise baş döndürücü bir hızla ilerlemektedir.

Diğer taraftan bir mutfak robotunun, şarjlı diş fırçasının, ampulün, fotokopi makinesinin dahi üretimi, ticareti, satışı, kullanımı konusunda ulusal ve uluslararası standartlar ve çeşitli düzenlemeler bulunurken, burada ifade ettiğimiz suretteki gelişmiş robotların, makinelerin, sistemlerin, insan hayatına dahil olmasının ayrıntılı hukuki düzenlemelere gereksinim duymadan gerçekleşebileceğini düşünmek pek de mantıklı olmaz⁴³⁶.

Sorumluluk hukukuna baktığımız zaman, kusur, tazminat, rücu, halefiyet gibi kavramların kişi statüsüne sahip olmayan varlıklara uygulandığını düşündüğümüzde, gerçekten uygulama imkanını yitiren çok sayıda kavram olacağı görülecektir. Yapay zekaya sahip ve kendi başına hareket edebilen bir cansız varlığın, borç ilişkisinin karşı tarafına, haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık olarak ifade edebileceğimiz hususlardan dolayı bir zarar vermesi durumunda, bu zararın gerek doğrudan gerekse de rücuen, robot olarak kısaca ifade edebileceğimiz bu varlıklardan tazmininin mümkün olabilmesi için, bu varlıkların malvarlığına ve dolayısıyla da hak ehliyetine sahip olmaları gerekecektir⁴³⁷; ki bu saydığımız hususlar (hak sahibi olabilmek ve

⁴³⁶ Hiç kimse, evinin bahçesinde, kendi başına bir silah, patlayıcı madde imal etme veya bunu geliştirebilme lüksüne sahip değilken, bunlardan daha tehlikeli sonuçlar doğurabilecek, bilinmez ancak öngörülebilir teknolojilerin, bilgisayar (ve diğer) bilimi insanlarınca insanoğlunun sahip olduğu tüm imkanlar kullanılarak ilerletilmesi de, ayrı bir sosyolojik ve insani bir tartışma olmalıdır. Teknoloji hızlı ilerliyor olabilir; ancak insanlık buna birebir ayak uydurmak ve tüm yaşantısını bu gelişleri takibe mükellef bir biçimde sürdürmek zorunda bırakılabilir mi? Roma Hukuku'ndan bu yana var olan kavramlar üzerinde uyusulamamış bir çok husus var iken, hukuk sistemlerinin hızlı hareket etmesini ve bu gelişmelere aynı hızda ayak uydurmasını beklemek pek de gerçekçi durmamaktadır. Örneğin akıllı televizyonlar, telefonlar, bilgisayarlar üretilmekte ve insanlar da gelişmelerden ve imkanlardan mahrum kalmamak adına bunları edinmek yoluna gitmekte. Ancak bu cihazların kişisel verilerin en büyük düşmanı olduğundan kaç tüketicinin haberi olduğu oldukça şüphelidir. Bu gibi cihazlardan (ve elbette daha gelişmiş robotik sistemlerden) zarar doğduğunda insanlar, hukukun kapısını çalacaklardır. Ancak hukuk sistemleri bu zararları öngörememiş veya öngörmesine rağmen bu ilerlemelere ayak uyduramamış olabilir; ayr. kişisel verilere ve ahlaki diğer tartışmalara dair inc.: Ersoy, **a.g.e.**, s. 124 vd.; ayr. Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 90 vd.

⁴³⁷ *Hak Ehliyeti ile Hukuki Kişilik* yani hak bakımından *Özne* olma kavramlarının birbirinin eş anlamlıları olduğuna dair bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 415, Pn. 1.

borç altına girebilmek) kişilere hasredilmiş özelliklerdir⁴³⁸. Hangi varlıklara hak ehliyeti tanınacağı, hangi varlıkların kişi (*Persona*⁴³⁹) olarak nazara alınacağı ise devletlerin hukuk politikalarına bağlıdır⁴⁴⁰. Türk Medeni Kanunu kapsamındaki kişiler ise, gerçek ve tüzel kişiler olarak iki tür olarak düzenlenmişlerdir⁴⁴¹.

Diğer taraftan, ne kadar zeki olurlarsa olsunlar, his kabiliyeti olmayan varlıkların kanun hükümlerinin (cezai ve hukuki) caydırıcı politikasından etkilenmeyeceklerini söyleyebiliriz⁴⁴². Bu durum da, bu tarz varlıkları kural tanımama noktasında teorik olarak potansiyeli yüksek bir noktaya taşır. Mümkün olduğunca aktif kalmayı isteyecek tam otonom bir robotun, kendisine enerji sağlamak adına bir batarya çalması örneği⁴⁴³ sonsuz sayıdaki ihtimalden sadece

⁴³⁸ Helvacı, **a.g.e.**, s. 21; ayr. bkz. TMK md. 8: “Her insanın hak ehliyeti vardır.

Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.”; TMK md. 48: “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.”; ayr. bkz. YHGK, 22.01.2016 T., 2014/4-213 E., 2016/70 K.: “...Açıklanan uyumsuzluğun çözümünde etken özel ve genel yetki kurallarına yönelik yasal düzenlemeler ile kişilik hakkı kavramına dair açıklamalarda bulunulmasında yarar bulunmaktadır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu kişi olarak gerçek ve tüzel kişileri kabul etmiştir....Tüzel kişilerde hak ehliyetine dair TMK m. 48 gereğince “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler”. Görüldüğü üzere, kişinin hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyeti olarak tanımlanabilecek hak ehliyetine, tüzel kişiler de kuruldukları andan itibaren bünyesine uygun düştüğü oranda sahiptir. Bu durum, tüzel kişilerin kendisini kuran ya da kendisinden yararlanan kişilerden bağımsız birer hak sijesi olarak hukuk hayatına katılabilmesinin bir gereğidir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu ana kuralı tüzel kişilerin tam hak ehliyetine sahip olması şeklinde koymuş, ancak bazı haklara fiziki ve sosyal yapısı sebebiyle sahip olamayacağını vurgulamıştır. Dolayısıyla gerçek kişinin ve tüzel kişinin hak ehliyeti arasında bir nitelik değil, içerik farkı olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, gerçek kişilere açık olan kamu hukuku ve özel hukuk kaynaklı bütün haklara ve borçlara kural olarak sahip olabilecek durumdaki tüzel kişiler, kişilik hakkına da sahip olabilecek ve bu hakka tanınan korumadan yararlanabilecektir...” (KİB).

⁴³⁹ Kişi kelimesinin Latince karşılığı olan “*Persona*” sözcüğü, sahnede takılan maske ve üstlenilen rol karakterini ifade etmekle günümüze ulaşmıştır, Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 78, Pn. 25.

⁴⁴⁰ Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, 10. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 138; Helvacı, **a.g.e.**, s. 21; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 78, Pn. 25.

⁴⁴¹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁴² İnc. Sabine Gless/Emily Silverman/Thomas Weigend, “If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, **New Criminal Law Review**, C. 19, S. 3, 2016, s. 412.

⁴⁴³ Carson Reynolds/Masatoshi Ishikawa, “Robotic Thugs”, University of Tokyo, Tokyo, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=E6CC2488A03D2AE895F68BDFDE7B4B46?doi=10.1.1.148.1849&rep=rep1&type=pdf>, szt. 17.10.2017.

birisidir⁴⁴⁴. Bunlar dışında, malvarlığına sahip olmayan, davranışları yalnızca sahiplerinin, kullanıcılarının sorumluluğuna yol açan, buna rağmen kişilik statüsüne sahip olan cansız varlıklar olması fikri, bize göre Roma hukuku ve kölelik kurumunu akla getirmektedir; ki kölelik düşüncesi de konu ile ilgili mevcut görüşlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴⁵. Zira kölelerin hak ehliyetleri ve malvarlıkları mevcut değil idi⁴⁴⁶. Köle bir kişinin zararına sebebiyet verdiğinde ise, zarar veren kölenin sahibi ya zararı (zarara bizzat sebebiyet vermiş gibi) tazmin eder ya da köleyi zarar görene teslim eder idi⁴⁴⁷.

Bizim için, hem yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bahsi, hem de genel olarak robotların sorumlulukları çerçevesinde hukuki anlamda atılmış en dikkat çekici adım ise Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi tarafından çoğunluk oyuyla kabul edilen rapor uyarınca, içerisinde robotlara “elektronik kişilik” tanınması da yer alan konuların yasalaştırılması ve bu doğrultuda çalışmaların yapılması kararının ortaya konulmasıdır⁴⁴⁸. Yine Suudi Arabistan’ın Sophia⁴⁴⁹ isimli bir insansı görünüşe sahip robota vatandaşlık vermiş olması, bu robotun Suudi

⁴⁴⁴ Burada saydığımız sebep ve çekinceleri artırmamız mümkündür. Ancak çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına bir nokta koymak mecburiyetindeyiz. Kanaatimizce özetle, buradaki başlık altında incelediğimiz varlıkların kişi niteliğine sahip olmaları, gerçek kişiler için mevcut olan tüm kanun hükümlerinin benzerlerinin tesis edilmesini gerekli kılabılır. Zira, kendi düşünsel kapasitesiyle ve yetenekleriyle insanlara bağımlı olmadan varlığını sürdürebilen bu tarz cansız varlıklar, (eğer tüm kurgular gerçek olursa) insanoğlunun yeryüzünde kurmuş olduğu tüm sistemleri kendi inisiyatifleriyle kurabilecek, değiştirebilecek ve hatta kaldırabileceklerdir; ki teorik olarak mümkün olabilecek bu senaryoları, şu an için bilim kurgu filmlerinden takip etmekteyiz; Bu noktada, bahsettiğimiz bu varlıkların yaratabilecekleri tehlikelere dikkat çekildiğini de atlamamak gerekir, inc. Ersoy, **a.g.e.**, s. 31; Robot Sophia’nın bir röportajda aile kurmak ve çocuk sahibi olmak istediğini söylemesi bahsettiğimiz hususlardan yalnızca birisidir. Robot ile yapılan röportaj ve alman yanıtlara dair bkz.: “*Sophia the robot wants to start a family*” çvr. <https://www.khaleejtimes.com/nation/dubai/video-sophia-the-robot-wants-to-start-a-family->, szt. 28.11.2017

⁴⁴⁵ İnc. Ersoy, **a.g.e.**, s. 94 vd.; Kölelik fikri yönünde bkz. Joanna J. Bryson, “Robots Should Be Slaves”, Mayıs 2009, s. 1 vd., <https://www.cs.bath.ac.uk/~jjb/ftp/Bryson-Slaves-Book09.pdf>, szt. 17.10.2017.

⁴⁴⁶ Tahiroğlu/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 143.

⁴⁴⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 144.

⁴⁴⁸ Bkz. çvr. <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170110IPR57613/robots-legal-affairs-committee-calls-for-eu-wide-rules>, ve ayrıntılı olarak inc. çvr. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_EN.pdf, szt. 17.10.2017.

⁴⁴⁹ Çvr. <http://www.hansonrobotics.com/robot/sophia/>, szt. 01.11.2017.

Arabistan vatandaşı kadınlardan daha fazla hakka sahip olduğu yönünde eleştirileri beraberinde getirmesi yanında, önümüzdeki süreçte ne derece farklı hukuki ve teknolojik hamlelerle karşılaşılabileceğimizin sinyallerini vermektedir⁴⁵⁰.

Sonuç olarak, kişi statüsüne sahip olmayan robotların, bir borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında borç ilişkisinin taraflarınca kullanılması halinde, bunların verdikleri zararların tazmini noktasında, yukarıda hayvanlara dair ifadelerimizde belirttiklerimizi tekrarlamak durumundayız. Robotların, yapay zekaya sahip sistemlerin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu içerisinde yardımcı kişi olarak nazara alınabilmelerinin, bunların gerçek kişilere benzer ve hukuk sistemlerince tanınan kişilik statüsüne sahip olmalarına bağlı olacağını ifade etmek isteriz⁴⁵¹. Dolayısıyla şu an itibarıyla, yapay zekaya ve otonom sisteme sahip bir robotun, borç ilişkisinin karşı tarafına verdiği zararlardan dolayı borçlu, bizzat sorumlu olmalı iken⁴⁵²; bu robotun borçlunun gerçek veya tüzel kişi yardımcısının kullandığı bir robot olması halinde ise robotu bizzat kullanan yardımcı kişi doğrudan, robotu kullanan kişiyi yardımcı kişi olarak görevlendiren kişi ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olmalıdır.

⁴⁵⁰ Bkz. <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/saudi-arabia-robot-citizenship-more-rights-than-women-people-angry-a8024851.html>, sz. 01.11.2017; <http://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a-41150856>, sz. 01.11.2017; Yine örneğin, insanların robotlarla evlenebilmesine dair konuların dahi ele alınıyor olması; teknolojik, etik ve nihai olarak da radikal hukuki düzenlemelere hazırlıklı olmamız gerektiğini göstermektedir, inc. Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 95 ve dn. 52 vd.

⁴⁵¹ Ayrıca, gerçek insanların dahi her durumda fiil ehliyetine sahip olmayabileceğini de hatırlatmak gerekir; ayr. inc. YHGK, 15.06.2012 T., 2012/14-151 E., 2012/395 K.: “...İradenin varlığı ise, zihni olgunluğa erişmiş kişilerde aranır. Bu nedenle de bütün sözleşmelerde olduğu gibi, geçerli bir sözleşmenin varlığı için kişilerde işlem yapma (akit yapma) ehliyetinin aranması gerekecektir. Genel olarak ehliyet deyiminden, kişinin medeni haklara sahip olabilme (hak ehliyeti) ile onları kullanabilme (fiil ehliyeti) ehliyeti anlaşılır. Başka bir anlatımla, ancak tam ehliyetli (sevgin, ergin olan ve kısıtlı bulunmayan) kişiler sözleşmeyi ya tek başlarına ya da yasal temsilcilerin izniyle yapabilir. Gerçekten, TMK.m.9 gereği “fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir”, TMK.m.16 gereği de “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızaları olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler”. Sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşme yapma ehliyetinin yoksunluğu o sözleşmenin butlanının gerektirir (TMK.m.15). Buradaki sözleşme ehliyetiyle anlatılmak istenen, kişideki sözleşmenin yapıldığı zamandaki ehliyetin varlığı ya da yokluğudur. Kişinin, sözleşmeden sonra sözleşme ehliyetine hak kazanması, sözleşmeye geçerlilik vermeyeceği gibi sözleşme yapma ehliyetinin sonradan kaybedilmiş olması da o sözleşmeyi geçerli kılmaz...” (KİB).

⁴⁵² Florina Müller, **a.g.e.**, s. 600.

Şimdilik hukuki bir alt yapıya sahip olmamakla birlikte, robotların da gelecekte insanlara benzer kişilik statüsüne kavuşmaları halinde ise bunları kullanan kişilerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk altında bulunabileceklerini söylemek ise teorik olarak yanlış olmayacaktır. Ancak, robotlar kişi sayılır, robotların verdiği zararlar yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında ele alınır ise, bu zararları tazmin eden borçlunun robotlara nasıl rücu edebileceği de elbette soru işareti olacaktır. Bu noktada, ya robotların kendilerine ait malvarlıkları da olabilecek bir gerçek kişi benzeri hukuki statülerinin olması, ya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin rücu imkanı vermeyecek şekilde borçlu aleyhine uygulanması ya da rücunun robotların üreticileri/ithalatçıları/satıcıları gibi kişilere yöneltilebileceği hukuki zeminin oluşturulması gibi farklı ihtimallerden birisinin seçilmesi gerekeceği öngörüsündeyiz.

Diğer taraftan, zarar görenin, zararını bizzat zarar verenden tazmin etme imkanının da elinden alınmaması bakımından, yardımcı kişi olarak otonom robotları kullanan borçlu yanında, üretici/satıcı firma gibi kişilerin de sorumluluğunun düşünülmesi gerekebilir⁴⁵³. Zira örneğin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta gerçek kişinin haksız fiil de teşkil eden bir fiil ile verdiği zararın tazminini hem yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince borçludan, hem de zarara bizzat sebebiyet veren kişiden talep edebilmekteyiz. Dolayısıyla zarar göreni bu ikili seçim imkanından mahrum bırakmamak adına üretici/satıcı gibi kişileri de sorumluluk sistemine dahil etmek yerinde olacaktır.

Ancak robotlar, eşya statüsünü taşımaya devam ettikleri ve hukuken tanınan bir kişilik statüsüne kavuşmadıkları sürece, bunları borç ilişkisinde kullanan kişilerin, bunların verdikleri zarardan bizzat sorumlu olacaklarını ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun gündeme gelmeyeceğini yinelemeliyiz. Bu itibar ile, borç ilişkisinden doğan bir borcun ifasında kullanılan hayvan ile bir robot arasında

⁴⁵³ Üretici, ithalatçı, satıcı vb. kişilerin dahil olduğu bir sigorta havuzunun oluşturulması da, robotların vereceği zararların tazmin edilmesine yönelik değerlendirilebilecek ihtimaller arasında sayılabilir, Gless/Silverman/Weigend, **a.g.e.**, s. 414.

şimdilik⁴⁵⁴ bir fark bulunmamaktadır.

3. Yardımcı Kişiler ve Bu Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk ile Benzer ve İlgili Hukuki Kavramlar

İsviçre ve (her ne kadar 818 sayılı kanunun ifadesinden, sanki yardımcı kişi kabul edilecek kişiler sınırlı sayıdaymış gibi okunuyordu ise de) Türk kanun koyucularının yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesi incelendiğinde, yardımcı kişilerin sınırlı sayıda olarak belirlenmediğini görmekteyiz. Bu sebeple her olayda kendi şartı içerisinde inceleme yapıp, kimin yardımcı kişi olduğunu belirlemek gerekecektir. Ancak, kimlerin yardımcı kişi olduğunu tek tek sayma imkanı da olmayacaktır.

Aşağıda, yardımcı kişi ve ayrıca bu kişilerin fiillerinden sorumluluk üst kavramları altında, en sık rastlayabileceğimiz ilgili ve benzer kavramların karşılaştırması yapılacaktır.

a. Yardımcı Kişi - Organ

Yardımcı kişi bahsinde karşılaştırma konusu yapabileceğimiz ilk husus organ kavramıdır⁴⁵⁵. Bilindiği üzere, tüzel kişiler bir kısmı zorunlu⁴⁵⁶, bir kısmı ise ihtiyari olmak üzere organlara sahiptirler⁴⁵⁷. Tüzel kişinin fiil ehliyetini elde edebilmesi için, zorunlu organların tesis edilmiş olması gerektiğini de belirtmek gerekir⁴⁵⁸. Bahsi geçen zorunlu ve ihtiyari organlar, tüzel kişinin (dernek, vakıf, anonim şirket

⁴⁵⁴ Robotlar, kişilik sahibi varlıklar olarak kabul görmedikleri sürece.

⁴⁵⁵ Portmann, **a.g.e.**, s. 49; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 2; Keller, **a.g.e.**, s. 122; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 383; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 58; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 10; Büren, **a.g.e.**, s. 399 vd.; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 107 vd.; Organ kavramı ve şirketler hukukundaki görünümü için bkz.: Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 351 vd.; Inc. Eberhard Urban, **Das Verhältnis von § 31 und § 278 BGB**, Diss., Köln, Buchdruckerei Orthen, 1938, s. 39 vd.

⁴⁵⁶ Örneğin, tüzel kişiliği temsil eden organın tüzel kişilikler için zorunlu bir organ olduğuna ilişkin ve bkz. Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Die juristische Person**, C. 1, B. 2, Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 1983, § 11, s. II.

⁴⁵⁷ Bkz. Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 1153 vd.

⁴⁵⁸ Flume, **a.g.e.**, § 11, s. I; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 1153.

vs. gibi) türüne göre değişiklik gösterecektir⁴⁵⁹. Örneğin, dernekte; genel kurul⁴⁶⁰, yönetim kurulu⁴⁶¹, denetim kurulu⁴⁶². Bu tüzel kişiler, organları vasıtasıyla karar alır, organları vasıtasıyla kararları icra eder, gerektiğinde organları vasıtasıyla kendilerini öz denetime tabi tutarlar⁴⁶³.

TMK md. 50'ye baktığımızda tüzel kişinin organlarını kullanması ve bu organlardan sorumluluğunun “*Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.*

Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.

Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar.” şeklinde düzenlendiğini görmekteyiz. Dolayısıyla ifade edebiliriz ki, organların fiil ve işlemleri, sanki tüzel kişinin bir bütün içerisindeki davranışymış gibi nazara alınacaktır⁴⁶⁴. Hatta, organların kusuru olmasa dahi tüzel kişi sorumlu olacağı gibi, organın ayrıca kusuru olması halinde zarar gören bunlara da başvurabilecektir⁴⁶⁵.

Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesi, esasen borçlu ve üçüncü kişi ayrımı yapan, diğer bir ifade ile borçlunun ondan ayrı, başka bir kişinin fiillerinden sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Böylelikle, organlardan

⁴⁵⁹ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 1154 ve s. 254, Pn. 1168 vd.

⁴⁶⁰ “Mitgliederversammlung”.

⁴⁶¹ İnc., Flume, **a.g.e.**, § 11, s. II, “Vorstand”.

⁴⁶² Bkz. “Revisionsausschuss”, Rumpf, **a.g.e.**, § 19, Pn. 13 vd.; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 1154.

⁴⁶³ Weber, **Personenrecht**, s. 182; Çelik, **a.g.e.**, s. 63 vd.

⁴⁶⁴ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 67; Tuhr/Siehwart, **a.g.e.**, s. 568; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 23.27; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 998; Thomas Lörtscher, **Vertragliche Haftungsbeschränkungen im Schweizerischen Kaufrecht**, Diss., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977, s. 168; Hüseyin Hatemi, “Die Haftung Juristischer Personen für Ihre Organe im Türkischen Zivilrecht”, **Die Verantwortlichkeit im Recht: Türkische-Schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern**, C. 1, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981, s. 263; Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 127; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 251, Pn. 1159; Aynı şekilde bkz. ZGB art. 55: “Die Organe sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben.

Sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten.

Für ihr Verschulden sind die handelnden Personen ausserdem persönlich verantwortlich.”.

⁴⁶⁵ Hatemi, **a.g.e.**, s. 266.

sorumluluğun borçlunun bizzat kendi sorumluluğu⁴⁶⁶, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun ise borçlunun bir başkasının fiillerinden sorumluluğu olduğu durumu karşılaştırıldığında, organlardan sorumluluğun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktan farkı ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁷. Dolayısıyla, organların fiilleri neticesinde borcun ihlal edilmesi hallerinde⁴⁶⁸ meydana gelen zararlardan dolayı organ sahibi tüzel kişi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince değil, bizzat TBK md. 112 hükmüne göre sorumlu tutulmaktadır⁴⁶⁹. TBK md. 66'daki adam çalıştırmanın sorumluluğu düzenlemesinin aksine, organların fiillerinden dolayı bir sorumluluk söz konusu olduğunda, kurtuluş kanıtı getirme imkanının da bulunmayacağı ifade edilmiştir⁴⁷⁰.

Tüzel kişi olan borçlu, kendi organlarının yerine getirdiği işlerden, ifade yaptığı hareketlerden, kararlardan dolayı kendi fiilleriyle zarara sebebiyet vermiş gibi kabul görecektir olmakla birlikte⁴⁷¹, bir organın fiillerinin ve dolayısıyla da verdiği zararların yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa hiçbir şartta sebebiyet vermeyeceğini de belirtmeyiz⁴⁷². Zira, bir gerçek kişi veya tüzel kişinin, bir borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında yararlandığı başka bir tüzel kişinin veya başka bir tüzel kişinin organının verdiği zararlardan dolayı da, borçlunun yardımcı kişilerin

⁴⁶⁶ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 67; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 10; Portmann, **a.g.e.**, s. 49; Weber, **Personenrecht**, s. 184; Christian Heierli/Anton K. Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 5; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 257, Pn. 1186 vd.; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 362; Wien, **a.g.e.**, s. 29; Tuhr/Siegrwart, **a.g.e.**, s. 568; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 20; Çelik, **a.g.e.**, s. 53.

⁴⁶⁷ Bkz. Lörtscher, **a.g.e.**, s. 168 vd.; Grüneberg, **Palandt**, § 278, Pn. 6; Portmann, **a.g.e.**, s. 49; Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 5; Hirsch, **a.g.e.**, Pn. 445.

⁴⁶⁸ “Forderungsverletzungen”.

⁴⁶⁹ Portmann, **a.g.e.**, s. 49; Koller, **101**, s. 15; Weber, **Personenrecht**, s. 183 vd.; ayr. bkz. Leschke, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 998; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 20; Çelik, **a.g.e.**, s. 53.

⁴⁷⁰ Hüseyin Hatemi, “Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin Sorumluluğu” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Enstitüsü’nün Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyum’undan Ayrışım**, İstanbul, 1980, s. 136.

⁴⁷¹ Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 10; Weber, **Personenrecht**, s. 184; Koller, **101**, s. 55; Tuhr/Siegrwart, **a.g.e.**, s. 568.

⁴⁷² Bir hastanenin başhekiminin, TBK md. 116 anlamında yardımcı kişi değil, esasen bir Organ olarak değerlendirilmesi yönünde bkz. Karl-Otto Bergmann/Carolin Wever, **Die Arzthaftung**, 3. bs., Berlin - Heidelberg, Springer-Verlag, 2009, s. 12.

fiillerinden dolayı sorumluluğu doğabilecektir⁴⁷³. Diğer taraftan, somut olaydaki zarar, organ sıfatını haiz bir kişi tarafından verilmekle birlikte, verilen zarar tüzel kişinin hiçbir görevinin veya işinin yerine getirilmesi sırasında veya vesilesiyle değil, yalnızca organın kişisel alanındaki saikler ile bağımsız olarak işlenmiş fiiller neticesinde meydana geliyor ise tüzel kişinin sorumluluğuna yer olmayacağı ifade edilmektedir⁴⁷⁴.

Sorumluluğun hukuki dayanağındaki farklılıklar yanında, benzerlik hususuna da kısaca değinebiliriz. Her ne kadar yardımcı kişi borçlunun şahsından bağımsız, organ ise tam olarak tüzel kişinin kendisi olarak göz önüne alınsa da, zararın tazmini sonrasında rücu ilişkileri bakımından benzerlik olduğunu belirtmeliyiz. Şöyle ki, yardımcı kişilerinin fiillerinden doğan zararları tazmin sorumluluğu altına giren borçlu, ifa ettiği tazmin borcunu, fiilleriyle alacaklıyı zarara uğratan yardımcı kişiye rücu ettirebildiği gibi, aynı şekilde tüzel kişiler de kişisel sorumlulara rücu edebilecektir⁴⁷⁵.

Bunun yanında başka bir benzerlik olarak, yardımcı kişilerin kendi fiillerinden dolayı kişisel sorumluluklarının olması gibi, organların da kişisel sorumluluklarının baki olduğunu hatırlatabiliriz⁴⁷⁶. Zira bu husus, yukarıda

⁴⁷³ Bkz.: Koller, **101**, s. 55; Tuhr/Siehwart, **a.g.e.**, s. 568.

⁴⁷⁴ Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Kt. 1 – Kt. 2, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2003, s. 691.

⁴⁷⁵ Karahasan, **Sözleşme Dışı**, s. 692 vd.

⁴⁷⁶ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 383; Karahasan, **Sözleşme Dışı**, s. 692; ayr. inc. YHGK, 22.01.2014 T., 2013/11-158 E., 2014/33 K.: “...Ayrıca, yasa ve ana sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri gereği gibi yerine getirmeyen yönetim ve denetim kurulu üyeleri, bu yüzden oluşan zararlar nedeniyle ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumludur. Bu sorumluluk, kusur ilkesine dayanmaktadır. Başka bir anlatımla, kusur yoksa yönetim ve denetim kurulunun da bir sorumluluğu söz konusu değildir. Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için de öncelikle bir zararın doğması şarttır. Yöneticiler ve denetçiler aleyhine açılacak sorumluluk davasında asıl dava hakkı, ortaklığa aittir. Ancak, böyle bir davanın açılabilmesi, genel kurulun bu yönde bir karar almasına bağlıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, zarar gören ortakların da yöneticiler ve denetçiler aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır. Dava hakkının kullanılması, ortaklığın dava açma hakkında olduğu gibi, genel kurul kararına bağlı değildir. Ortakların dava açma hakları da doğrudan doğruya zarar ve dolaylı zarar durumuna göre değişiklik içerir. Yönetim ve denetim kurulu üyelerinin yasa ve ana sözleşme hükümlerine aykırı davranışları ile ortaklığın malvarlığını azaltan veya kötüleştiren davranışları, ortaklar ve alacaklıların dolaylı zarar görmesine yol açar. Zira, bu tür tasarruflar payları oranında ortakları etkiler. Başka bir

verdiğimiz TMK md. 50/3'de de açıkça ifade edilmektedir⁴⁷⁷. Diğer taraftan, organların fiillerinden sorumluluğun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk olarak nazara alınmıyor olması nedeniyle, organların fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşmaları TBK md. 116 değil, md. 115'teki şartlara göre yapılacaktır⁴⁷⁸. Dolayısı ile de, organın fiillerinden ancak hafif kusur derecesinde bir sorumsuzluk kaydının konulmasına izin verilebilecek⁴⁷⁹, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta olduğu gibi tümünden bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁸⁰. Ayrıca, organların, aşağıdaki başlıkta inceleyecek olduğumuz “kanunu temsilci” kavramı içerisinde de değerlendirilemeyeceği, bu sebeple yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanamayacağının belirtildiğini de ekleyebiliriz⁴⁸¹.

Farklı bir ihtimal ise, bir anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, şirketin malvarlığına, ortaklığa ve hatta dolaylı olarak alacaklılara zarar vermiş olabilecekleri veya şirketin malvarlığına değil doğrudan bu kişilere zarar vermiş olabilecekleridir⁴⁸². Dolayısıyla böyle bir durumda, zarar veren yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma hakkı, yalnızca şirket tüzel kişiliğine ait değildir; öyle ki (TTK md. 555⁴⁸³ ve 556⁴⁸⁴ hükümleri ile) böyle bir durumda, ortaklara ve

anlatımla, ortaklığın doğrudan doğruya zarar görmesi, ortakların dolaylı zararıdır. İkinci durum ise, doğrudan zarar halidir. Bu halde yöneticilerin veya denetçilerin eylemleri sonucunda ortakların ortaklığın zararından müstakil olarak gördükleri zararlar söz konusudur. Anılan zarar türünde ortaklığın zarar görüp görmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Esasen, bu zararın üçüncü kişinin gördüğü zarardan tek farkı, ortak olmanın sonucu olmasıdır. Bu dava türünde ise, ortaklar talep ettiği tazminatın kendisi adına hükmedilmesini isteyebilirler...” (KİB).

⁴⁷⁷ Ayrıca, TMK md. 50 düzenlemesinin, bir nevi kusursuz sorumluluk kuralı olarak nazara alınması yönünde bkz. Hatemi, **Organ**, s. 133 vd.

⁴⁷⁸ Hatemi, **Organ**, s. 136; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 4; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 394, Pn. 663; Sorumsuzluk anlaşmaları aşağıda IV. bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁴⁷⁹ Hatemi, **Organ**, s. 136.

⁴⁸⁰ Inc., Lörtscher, **a.g.e.**, s. 166; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 42; bkz. Alniak, **a.g.e.**, s. 331 vd.; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 163; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 10; Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 130.

⁴⁸¹ Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 395, Pn. 664; Bu değerlendirmenin, kanuni temsilcileri yardımcı kişiler arasında sayan Alman Medeni Kanunu bakımından yapıldığını da, ifade etmek gerekir.

⁴⁸² Bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 291 vd.

⁴⁸³ “Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler.

alacaklılara da (doğrudan şirket - dolaylı olarak da kendi lehlerine) dava açma hakkı verildiği ifade edilmektedir⁴⁸⁵.

Diğer taraftan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları gereğince, yardımcı kişi olarak nazara alınabilecek kişilerin, somut olay içerisinde organ olarak da değerlendirilebildiklerini görmekteyiz. Örneğin, Yargıtay'ın banka müdürünü bankanın organı olarak değerlendirdiği bir kararının varlığını zikretmek gerekir⁴⁸⁶.

b. Yardımcı Kişi - Kanuni Temsilci

Kanuni temsilci kavramının yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından hususiyet arzeden noktalarına girmeden önce belirtmek gerekir ki, herhangi bir kişinin başka bir kişi adına hukuki işlem yapma yetkisinin bizzat kanundan veya temsil edilecek olan kişinin iradesinden doğduğu kabul edilecektir⁴⁸⁷. Buradaki ilk halin “*kanuni temsil*”⁴⁸⁸, ikinci ifade ettiğimiz halin ise “*iradi temsil*”⁴⁸⁹

Pay sahibinin açtığı davayı hukuki ve maddi sebepler hakkı gösterdiği takdirde, mahkeme, dava giderleriyle avukatlık ücretini, bu giderler davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı pay sahibiyle şirket arasında, hakkaniyete göre paylaştırır.”.

⁴⁸⁴ “Zarara uğrayan şirketin iflası hâlinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını şirket alacaklıları da haizdir. Ancak, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının istemleri önce iflas idaresince ileri sürülür...”.

⁴⁸⁵ Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 291.

⁴⁸⁶ YHGK, 15.01.1964 T., 1963/600 E., 1964/55 K.: “...1) M.K. 48. maddesi uyarınca tüzel kişiler uzuvları eliyle iradelerini açığa vururlar ve gerek hukuki işlemleri gerekse her hangi bir eylemleriyle onları alacaklı veya borçlu duruma sokarlar. Buna göre uzuvlar tüzel kişileri kayıtsız şartsız temsil ederler. Ticaret Kanununun ticaret ortaklıklarına ilişkin hükümleriyle dahi, aynı esaslar benimsenmiştir. Nitekim, Ticaret Kanununun 138 inci maddesinde Medeni Kanunun 48 inci maddesine gönderme yapılarak bu yön belirtilmiştir.

2) Banka müdürü, anonim ortaklığın esas mukavelesine göre, bankanın bir uzvudur. Yukarıki bentte yazılı açıklamalara göre, uzvun avukat olmasa dahi, bankayı, mahkemede temsile yetkisi vardır...” , Ankara Barosu Dergisi, S. 1964-4, Y. 1964, s. 423, Karahasan, **Sözleşme Dışı**, s. 690, dn. 114.

⁴⁸⁷ Cem Akbıyık, “Temsil Yetkisi Ve Temel İlişki”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 4, 1997, s. 218; Şener Akyol, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 43.

⁴⁸⁸ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 628, Pn. 11; M. Murat İncoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 40 vd.; Akyol, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 301.

⁴⁸⁹ İnc. İncoğlu, **a.g.e.**, s. 42; Akyol, **a.g.e.**, s. 43 vd.

yetkisini ortaya koyduğunu söyleyebiliriz⁴⁹⁰. İradî temsile ilişkin olarak, buradaki yetkilendirme işleminin, irade beyanına dayanan tek taraflı bir hukuk işlem olduğunu⁴⁹¹ ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duymadığını söyleyebiliriz⁴⁹²; ki bu durum da, burada ele aldığımız temsil kurumunu vekaletten ayıran hususlardan birisidir⁴⁹³. Zira vekalet bir sözleşme ilişkisi kapsamında ele alınmaktadır⁴⁹⁴. İradî temsil ilişkisi bakımından konuyu ele aldığımız zaman, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebilecek durumların söz konusu olabileceğini söylemek gerekir. Örneğin, temsilcinin (kusursuz olarak) yanılması nedeniyle, temsil olunanın sözleşmeyi iptal etmesi halinde, karşı tarafın olumsuz zararlarının karşılanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹⁵.

Konumuza dönecek olursak, yardımcı kişiler bahsinde kısaca karşılaştırma konusu yapabileceğimiz bir diğer kavram kanuni temsilci kavramıdır⁴⁹⁶. Kanuni

⁴⁹⁰ Akbıyık, **a.g.e.**, s. 218; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 627 vd., Pn. 11, bu ikisi arasındaki en önemli farklardan birisinin, iradi temsilde kural olarak temsil olunanın da işlem yapma yetkisinin devam ettiği hususu, ile ifade edildiğini söyleyebiliriz.; aşağıda metin içerisinde görülecektir ki, bizim için en önemli fark ise irade (rıza) unsurundan kaynaklanan farklılıktır.; temsil kavramının “iradi-kanuni temsil” dışındaki diğer ayrımlarına ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Akyol, **a.g.e.**, s. 46 vd., İncoğlu, **a.g.e.**, s. 43 vd.

⁴⁹¹ İncoğlu, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁹² Akbıyık, **a.g.e.**, s. 218; Akyol, **a.g.e.**, s. 43; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 635, Pn. 1; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 305; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 107, Pn. 1 vd.

⁴⁹³ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 637; Dipnot olarak belirtmek gerekir ise, bugün en azından hukuk sistemimiz anlamında iki kavramın ayrımı açıkça ve kanunen de ortaya konulmuş olmakla birlikte, zaman zaman bu iki kavramın birbirine karıştırılabiliyor olmasını şaşırtıcı bulmamaktayız. Zira incelendiğinde, eski Alman hukukunda, Fransız Medeni Kanunu’nda ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmeden değiştirilen eski tasarısında, temsil ve vekalet kavramlarının ortak olarak ele alındıkları ve bugünkü ayrımın bulunmadığı ifade edilmektedir, inc. Akbıyık, **a.g.e.**, s. 217; inc. Akyol, **a.g.e.**, s. 93 vd.; ayr. kavramlara ilişkin olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 626, Pn. 9-10.

⁴⁹⁴ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 643; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 626, Pn. 10; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 300; Vekalet sözleşmesi ile temsil ilişkisi aynı somut olay içerisinde beraber veya ayrı ayrı bulunabileceklerdir (ayr. inc. Akbıyık, **a.g.e.**, s. 220 vd.). Ancak, konumuz sınırları bakımından ayrıca hususiyet arzetmediğinden, ayrıntılı incelemeye gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla (gerektiği noktalarda özellikle karşılaştırmalı olarak vekalet hususuna da değinmekle birlikte) temsile, özellikle de kanuni temsile önem ve ağırlık vermek gerekir.

⁴⁹⁵ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008, s. 131.

⁴⁹⁶ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 56; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 17; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 105 vd.; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 14; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 395, Pn. 664; Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 7; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 295 vd.; Tandoğan,

temsilci başlığı altında, örneğin velinin veya vasinin (kanunen yasak işlemler bir kenara bırakılmak kaydıyla) malvarlığı ve kişi varlığına ilişkin işlemleri, temsil ettiği (örn. ehliyetsiz) kişi adına yapabildiğini hatırlatmak isteriz⁴⁹⁷. Yine miras ortaklığına mahkeme kararı ile tayin edilen temsilci de, başka bir örnek olarak gösterilebilmektedir⁴⁹⁸. Kural olarak, temsil etme kurumu vesilesiyle, temsilcinin yaptığı işlemlerin sonuçları temsil olunan bünyesinde ortaya çıkacaktır⁴⁹⁹. Bu noktada temel ve nihai sorumuz ise, kanuni temsilci sıfatına sahip kişilerin fiil ve işlemleriyle verdikleri zararların tazmininin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramı altında değerlendirme bulup bulamayacağına ilişkindir.

TBK md. 116'daki yardımcı kişilerin fiillerinde sorumluluk düzenlememizin Alman hukukundaki karşılığı olan BGB § 278'de, fiillerinden sorumlu olunacak yardımcı kişilerin arasında kanuni temsilciler⁵⁰⁰ de gösterilmiştir⁵⁰¹. Benzer şekilde Avusturya kanun koyucusunun da ABGB⁵⁰² 1313a⁵⁰³ paragrafında, Almanya Medeni Kanunu'na paralel bir şekilde, kanuni temsilcileri madde kapsamına dahil ettiğini

Mesuliyet, s. 439; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 20; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 4.

⁴⁹⁷ Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 39, Pn. 114; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 628, Pn. 11; ayr. bkz. TMK md. 342/1: “Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.”.

⁴⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 628, Pn. 1; inc. Akyol, **a.g.e.**, s. 45; bkz. TMK md. 640/3: “Mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesi, miras ortaklığına paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir.”.

⁴⁹⁹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 39, Pn. 114; Akyol, **a.g.e.**, s. 3.

⁵⁰⁰ “...seines gesetzlichen Vertreters...”.

⁵⁰¹ Wolf, **a.g.e.**, s. 448; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 17; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 105; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 172; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 242; Peter Schlechtriem, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 5. bs., Tübingen, J. C. B. (Mohr Siebeck), 2003, Pn. 335; Dauner-Lieb, **a.g.e.**, § 278, Pn. 3; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 208, Pn. 26; Jacob Joussen, **Schuldrecht I: Allgemeiner Teil**, 3. bs., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2015, Pn. 324 vd.; Adalbert Mayer, **Die Anwendung des § 278 BGB auf öffentlichrechtliche Verhältnisse**, Diss., Würzburg, Buchdruckerei Richard Mavr, 1933, s. 4; Musielak, **a.g.e.**, Pn. 867; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/37; Schellhammer, **a.g.e.**, Pn. 1722; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 391-395, Pn. 656-664; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 4.

⁵⁰² “Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch”.

⁵⁰³ “Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.”.

görmekteyiz⁵⁰⁴. Yine değindiğimiz üzere, İsviçre ve ona bağlı olarak Türk düzenlemelerinde, kanuni temsilcilerin fiillerinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirileceğine dair bir ibare mevcut değildir⁵⁰⁵.

Bu konuda bir birlik bulunmamaktadır ve bu nedenle de farklı görüşler önümüze çıkmaktadır⁵⁰⁶. Bu görüşlerden hakim görüş olduğu ifade edilmiş⁵⁰⁷ ilkinde göre, kanuni temsilcilerin zarar doğuran fiillerinden dolayı, temsil edilenler, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları kıyasen uygulanmak suretiyle sorumlu tutulmalıdır⁵⁰⁸; ki İsviçre kanun koyucunun yardımcı kişilerden olduğunu doğrudan saymamasına rağmen, kanuni temsilcilerden dolayı en azından kıyasen sorumlu olmak hususu “şüphesiz bir gereklilik” olarak ifade edilmektedir⁵⁰⁹. Ayrıca konuyla ilgili olarak, kanuni temsilci kavramının dar yorumlanmaması gerektiği ve dolayısı ile de, yalnızca ana-baba, vasi, kayyım, danışman veya vesayet merciinin değil, aynı zamanda TMK md. 188⁵¹⁰ ve 189⁵¹¹ bağlamında evlilik birliğini temsil yetkisine sahip olan eşlerin, TMK md. 592⁵¹² ve 593⁵¹³ bağlamında terekeyi idare için

⁵⁰⁴ Becker, **278 BGB**, s. 39; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 242.

⁵⁰⁵ Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 127.

⁵⁰⁶ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 14; Oser/Schönenberger, **Art. 101**, Pn. 6; Tunçomağ, **Borçlar**, s. 839.

⁵⁰⁷ Bkz. Koller, **101**, s. 150 dn. 429; Şenocak, **Yardımcı**, s. 272; Karahasan, **Sözleşme**, s. 552.

⁵⁰⁸ Uygur, **a.g.e.**, s. 3226.

⁵⁰⁹ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 172 vd.; Tuhr/Siegwart, **a.g.e.**, s. 568; Bu bakış açısının odak noktasında, alacaklının korunması düşüncesinin daha üstün tutulduğunu görmekteyiz, bkz.: Tunçomağ, **Borçlar**, s. 839 vd.

⁵¹⁰ “Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder...”.

⁵¹¹ “Birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

Eşlerden her biri, birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumludur. Ancak, temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması hâlinde eşler müteselsilen sorumludurlar.”.

⁵¹² “Aşağıdaki hâllerde sulh hâkimi re'sen mirasın resmen yönetilmesine karar verir...”.

⁵¹³ “Terekeyi resmen yöneten sulh hâkimi veya onun yönetimle görevlendirdiği kimse, resmen yönetme sebeplerinin ortadan kalkmasına ya da paylaştırmaya kadar, terekeyi hak sahiplerinin haklarının kaybına meydan vermeyecek biçimde iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek ve özellikle aşağıda yazılı işleri görmekte yükümlüdür...”

...Tereke yöneticisi, görevine giren hususlarda miras ortaklığının temsilcisi olup, ortaklık aleyhine

görevlendirilen memurun, TMK md. 640⁵¹⁴ bağlamında tereke temsilcisinin, TMK md. 550⁵¹⁵ vd.⁵¹⁶ bağlamında vasiyeti tenfiz memurunun ve geçici mirasçılarının, İİK md. 223⁵¹⁷ bağlamında iflas idaresi memurunun, İİK 309a⁵¹⁸ vd. ve TTK 272⁵¹⁹ vd.⁵²⁰ bağlamında tasfiye memurlarının da, geniş anlamdaki temsilciler kapsamına alınarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kıyasen değerlendiriliyor olmaları gerektiği ifade edilmiştir⁵²¹.

Ancak bazı hallerde bu kıyasen uygulama görüşünün kabul edilmesine gerek kalmadan kanun koyucunun da, bazı örnekler bakımından alacaklıyı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk benzeri imkanlar vererek koruduğunu görebilmekteyiz. Örneğin yukarıda verilen son örnekte kolektif şirketin tasfiyesinde

açılan davalarda ve yapılan icra takiplerinde ortaklığı temsil eder ve gereken hâllerde ortaklık adına dava açmaya, icra takibinde bulunmaya, davadan feragate, kabule, sulh olmaya ve tahkime yetkilidir; davaları ve takipleri mirasçılara ihbar eder...”.

⁵¹⁴ “...Mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesi, miras ortaklığına paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir...”.

⁵¹⁵ “Mirasbırakan, vasiyetnameyle bir veya birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir...”.

⁵¹⁶ TMK md. 552: “Mirasbırakan, tasarrufunda aksini öngörmüş veya sınırlı bir görev vermiş olmadıkça vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir ...”.

⁵¹⁷ “...İflas idaresi iflas dairesinin murakabesi altındadır. Bu halde iflas dairesi aşağıdaki görevleri yerine getirir:

1. Alacaklılar toplantısının kararlarına, alacaklıların menfaatine uygun görmediği bütün tedbirlere ve idarece kabul edilen alacaklar ile istihkak iddialarının kabulüne dair olan kararlardan kanuna ve hadiseye uygun görmediklerine yedi gün içinde icra mahkemesine müracaatla itiraz etmek.

2. İflası idare edenlerin ücretleriyle masrafları da dahil olmak üzere hesap pusulalarını icra mahkemesinin tasdikine arz etmek.”.

⁵¹⁸ “...Alacaklılar haklarını konkordato tasfiye memurları ve alacaklılar kurulu aracılığıyla kullanırlar. Konkordato tasfiye memurları ve alacaklılar kurulu konkordato talebi hakkında karar veren alacaklılar tarafından seçilir. Konkordato tasfiye memuru icra mahkemesinin seçime ilişkin kararı onaylamasından sonra göreve başlar. Konkordato komiseri de tasfiye memuru olabilir.”.

⁵¹⁹ “Kollektif şirketin tasfiyesi, iflas dışındaki sona erme hâllerinde tasfiye memurlarına aittir.”.

⁵²⁰ Örn. TTK md. 280: “Tasfiye hâlinde bulunan şirketi mahkemelerde ve dışarıda tasfiye memurları temsil eder.

Tasfiye memurları şirket için yararlı gördükleri takdirde, olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak koşuluyla, sulhe, feragata, kabule, tahkime ve özellikle hakem seçmeye de yetkilidirler; gereklilik hâlinde yeni işlemler de yapabilirler...”.

⁵²¹ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 173 vd.; ayr. Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 18; ayr. Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 10; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 4.

görev alan tasfiye memurlarının haksız fiillerinden dolayı, şirketin de sorumlu olduğu, TTK md. 280/4'deki “*Bir tasfiye memurunun görevini yaparken işlediği haksız fiillerden şirket de sorumludur.*” hükmüyle düzenlenmiştir. Benzer şekilde aynı kanunun 285. maddesinin 2. fıkrasında ise “*Tasfiye memurları, atadıkları ve hizmete aldıkları kimselerin kanuna, şirket sözleşmesine veya diğer iş görme şartlarını gösteren hükümlere aykırı hareketlerinden dolayı da Türk Borçlar Kanununun 116 ncı maddesi hükmünce, gerek üçüncü kişilere gerek ortaklara karşı müteselsil olarak sorumludurlar.*” hükmü ile, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa doğrudan atıf yapılmaktadır. Bu durumda, tasfiye memurlarının da, yardımcı kişi kullanan borçlular gibi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olabileceğini söylemek gerekir.

Diğer görüşe göre⁵²² ise, kanuni temsilcinin fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları işletilmemelidir⁵²³. Burada da temsil edilen bir şekilde sorumlu olmalıdır; ancak bunun dayanağı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesiyle değil, organlardan dolayı sorumluluk kuralları düşüncesiyle açıklanmalı ve uygulanmalıdır⁵²⁴. Bu düşünceye göre, kişinin kanuni temsilcisinin fiillerinden dolayı sorumluluğu, tıpkı bir tüzel kişinin organlarının fiillerinden doğan sorumluluğuna benzemektedir ve burada, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile ilişkilendirme yapılması iki kurumun karakteristik yapılarının birbirine uymaması nedeniyle de doğru olmayacaktır⁵²⁵.

Yukarıdaki görüşlerden ilkinin kabul edecek olursak, kanuni temsilcinin fiilleri neticesinde ortaya çıkan zararları tıpkı Alman ve Avusturya düzenlemelerinde olduğu gibi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk çerçevesinde değerlendirmemiz söz konusu olacaktır. İkinci ifade ettiğimiz görüşte ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu bir kenara bırakılacak ve temsil olunan,

⁵²² Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 133, dn. 273.

⁵²³ Koller, **101**, s. 150 vd. ayr. bkz.: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 421, Pn. 1379; Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 127; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 60; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 20.

⁵²⁴ Koller, **101**, s. 150.

⁵²⁵ Koller, **101**, s. 150.

organların fiillerinden sorumluluk ölçülerince sorumlu tutulacak, bu durumda kanuni temsilcinin fiili, doğrudan temsil olunana isnat edilecektir. Tıpkı tüzel kişilerde olduğu gibi.

Bu noktada, bu ifade ettiğimiz bakış açılarından hangisine üstünlük tanınmalıyız sorusu ortaya çıkacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK md. 116'da kanuni temsilcilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Bununla birlikte madde metni değerlendirildiğinde, kanuni temsilcilerin fiillerinin de kıyasen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin maddeler kapsamında değerlendirilmesi önünde net ve emredici bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla esasen iki görüşün de taraftar bulması şaşırtıcı olmayacaktır. Kanaatimizce, yapılan işin ve bu işte temsilci kullanılmasının esasen borçlu menfaatlerine uygun olmasından dolayı (yazılı olmayan hakkaniyet ölçüleri dikkate alındığında) ilk görüşü de (yalnızca kısmen) haklı görmekle birlikte⁵²⁶, yardımcı kişi kullanılması noktasında temsil olunanın herhangi bir iradesinin söz konusu olmadığı ve hatta kullanılan temsilcinin seçiminde de bir iradesi mevcut olmadığı düşünceleriyle⁵²⁷, kanuni temsilcilerin fiillerinden doğan sorumluluğun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmemesi ve yalnızca kanuni temsilcinin kişisel sorumluluğuna gidilebilmesini gerektiğini düşünmekteyiz.

Dolayısıyla, temsil olunanın temsilci tayini ve temsilcinin yaptığı işler hususunda bir iradesinin olmadığı bir durumda, onu iradesi dahi bulunmayan bir husustan dolayı sorumlu tutmak uygun olmaz⁵²⁸. Zira kanaatimizce, fiillerinden sorumlu olunacak kişinin borç ilişkisine dahil olması konusunda rıza ve iradenin söz konusu olması, “onsuz olmaz bir şart”⁵²⁹ teşkil etmektedir. Kaldı ki böyle bir durumda, yardımcı kişi kullanma iradesi bir yana, yardımcı kişinin seçimi,

⁵²⁶ Ayr. borcun ifasında yardımcı kişi kullanılmasının, borçlunun lehine olduğuna dair bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 3.

⁵²⁷ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 20; inc. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 421, Pn. 1379.

⁵²⁸ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 20.

⁵²⁹ “*conditio sine qua non - Bedingung, ohne welche nicht*”, Luggauer, **a.g.e.**, s. 50.

denetlenmesi ve yardımcı kişilerin fiillerin sorumluluk bakımından aradığımız kriterlerin karşılıksız kaldığını görmekteyiz⁵³⁰. Ancak elbette, yalnızca kanuni temsilcinin sorumlu tutulması gibi bir durumda da, eğer varsa temsil olunanın sebepsiz zenginleşmeden doğacak sorumluluğunun baki olduğunu hatırlatmak gerekir.

Doktrinde ele alınmış bir diğer ihtimale göre ise, kanuni temsilci vasfına sahip kişi de, yardımcı kişilerden faydalanabilecektir⁵³¹. Bu durumda borçlunun, “dolaylı yardımcı kişi”⁵³² olarak adlandırılabilir bu kişilerden dolayı da sorumlu olacağı ifade edilmektedir⁵³³. Borçlunun, dolaylı yardımcı kişinin fiillerinden de sorumlu olacağını kabul eden bu görüşün, kanuni temsilcileri yardımcı kişi olarak ele alan ve temsil olunanı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak kişilerden kabul eden görüşün uzantısı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kanaatimizce bu durumda, temsil olunan yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmamalı iken; kanuni temsilci ise kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı, temsil olunanın işlerini yaptığı kişilere karşı bizzat kendisi sorumlu olmalıdır.

Sonuç olarak, tıpkı Alman hukukundaki kanuni temsilcilerin fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğabileceğine ilişkin pozitif bir hüküm getirilebileceğini, bunun hukuk politikası bakımından tercih edilebileceğini, ancak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesinin ortaya koyduğu ilkeler açısından yardımcı kişi seçme, denetleme, talimat verme, organize etme ve sair hususların hiç birinde bir iradesi söz konusu olmayan kişiyi TBK md. 116 hükmüne göre sorumlu tutmak düşüncesi, bize göre uygun düşmemektedir. Aksi halde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının gerekliliğine ilişkin temeli aşmakta olacağız düşüncesindeyiz. Kaldı ki, yardımcı kişilerin fiillerinden

⁵³⁰ İrادی temsilden farklı olarak, kanuni temsilde, temsil olunanın iradesinin bir varsayım olduğu veya hiç olmadığı da ifade edilmektedir., Akyol, **a.g.e.**, s. 44; aynı husus, kanuni temsilde temsil yetkisinin, temsil edilenin iradesinden doğmadığı, şeklinde de ifade edilebilir., Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 301, aynı şekilde bkz. İnCEOğlu, **a.g.e.**, s. 40.

⁵³¹ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 19.

⁵³² “*Mittelbarer Erfüllunggehilfen*”.

⁵³³ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 19.

sorumluluğun gereklilik ve temellerine ilişkin ileri sürülen “garanti, sonuç, özen, tehlike vs.⁵³⁴” görüşlerin de kanuni temsilcilerin fiillerini kapsama almadıkları kanaatindeyiz.

Ayrıca, her ne kadar Alman Medeni Kanunu’ndaki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesinin ve doktrindeki bir görüşün aksine, kanuni temsilcilerin fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanmaması gerektiğini kabul ediyor olsa da, temsilin kanundan değil temsil olunanın iradesinde doğduğu iradi temsil bakımından ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilmelidir⁵³⁵. Bu itibarla, temsil olunanı temsilcinin fiillerinden sorumlu tuttuğumuz bu sonuca, aşağıdaki başlıkta yer alan vekalet veren – vekil ilişkisi bakımından da ulaşmak mümkündür⁵³⁶. Dolayısıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının, temsil ve vekalet kavramları ile birlikte de değerlendirilebileceğini belirtebiliriz.

⁵³⁴ Bkz. B. I: III/B.

⁵³⁵ Zira, örneğin, bir tacirin işletmesinde çalışan yardımcılarının fiilleri neticesinde, sözleşme kurmak amacıyla görüşmelere girişen kişinin zarara uğradığı, sözleşme öncesi sorumluluk başlığı altındaki olaylarda, sözleşme öncesi sorumluluk ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk birlikte değerlendirilebildiğinden, aynı şekilde iradi temsilcilerin fiilleri bakımından genel olarak da, somut olayda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Ayrıca, iradi temsilde temsilci, kanuni temsilden farklı (ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarından birisine uygun) olarak, mevcut veya müstakbel borç ilişkisinin taraflarından birisinin iradesiyle bu ilişkiye dahil edilmektedir. Dolayısıyla, temsil olunan ile karşı taraf arasında mevcut bir borç ilişkisi kapsamında veya buradaki gibi sözleşme görüşmeleri kapsamında hareket eden temsilcinin fiilleri, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bağlamından değerlendirilebilir. Örneğin, somut olayda ismen de belirlenmiş bir kişiyle işlem yapması noktasında yetkilendirilen temsilcinin, doğrudan temsil maksadıyla temas içerisinde olduğu kişiye zarar vermesi halinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulanabilir.

Aynı düşüncenin, vekalet verenin, vekilin fiilleri neticesinde (örneğin, iş görme borcunu yerine getirmek için giriştiği faaliyetlerde temas ettiği kişilere) verdiği zararlar bakımından da, somut olayın şartları değerlendirilmek suretiyle geçerli olması, dolayısıyla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanabilmesi mümkün olmalıdır. Ancak, buradaki verdiğimiz örneklerin aksine, temsilci veya vekilin fiilleri neticesinde zarar gören kişilerin, temsil olunan veya vekalet veren ile aralarında mevcut veya (sözleşme görüşmeleri gibi) müstakbel bir borç ilişkisi olmayan kişilerden olmaları halinde ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulanmamalıdır. Örneğin, temsilci veya vekilin, kendisine verilen yetki veya talimata aykırı şekilde, konuyla alakasız herhangi bir üçüncü kişiye zarar vermesi böyledir.

⁵³⁶ Yine, temsilcinin fiillerinden dolayı TBK md. 116’nın uygulanabilmesi için temsilcinin yetkisinin sınırlarını aştığı durumların söz konusu olması gerektiği; temsil yetkisinin hiç bulunmadığı veya sona erdiği durumlardaki temsilci fiillerinden ise TBK md. 66’ya göre sorumluluğun ele alınabildiği görüşlerin incelenmesi ve değerlendirmesi için kısaca bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 517 vd.

c. Yardımcı Kişi - Vekil

Yardımcı kişiler bahsinde inceleyebileceğimiz bir diğer karşılaştırma ise, vekil ve alt vekil açısından yapılabilecek karşılaştırmadır⁵³⁷.

Yukarıda çok kısaca değindiğimiz üzere kanun koyucu, vekalet sözleşmesi içerisinde vekilin, (görevini ifa ederken alt vekile başvurusu halinde) alt vekilin davranışlarından sorumlu olup olmayacağı hususunu öncelikle ikiye ayırmak suretiyle incelemiştir⁵³⁸.

Bir önceki başlıkta incelediğimiz temsil kavramından farklı olarak, vekil ile vekalet veren arasında bir sözleşme söz konusudur⁵³⁹. Dolayısıyla vekil, vekalet sözleşmesinin konusunu teşkil eden işi yapma borcu altına olacaktır⁵⁴⁰. Kural olarak vekil, üzerine almış olduğu işi bizzat kendisi yapmak zorundadır⁵⁴¹. Vekil, kendisine verilen görevi yerine getirme konusunda başka bir şahsa başvurma yetkisi olmamasına rağmen işi başkasına gördürürse bundan doğacak zararlardan mutlak

⁵³⁷ Antalya, **Borçlar**, s. 308; Ayrıca örneğin, akreditife ilişkin bir olay kapsamında, ithalatçı ile bankası arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olarak nitelendirildiği bir somut olayda, akreditif ilişkisi içerisindeki bankalar arasında yardımcı kişilik kurumunun ortaya çıkacağına ilişkin olarak bkz. Yarg. 15 HD, 16.02.2004 T., 2003/4030 E., 2004/722 K.: “...Akreditifle (L/C-Commercial Letter Of Credit) ödeme, dış ticarete en çok uygulanan ödeme aracıdır. Akreditif, talimat veren (amir) hesabına belirli belgelerin teslimi karşısında belirli bir miktarın üçüncü kişiye ödenmesi veya emrine hazır tutulması için bankaya verilen talimattır. Bankasına başvuran ithalatçı, akreditifin karşılığını kendi bankasına yatırır veya akreditif tutarı için kendisine kredi açılmasını sağlar. Bunun üzerine ithalatçının bankası, kredi mektubunu hazırlar ve bunu muhabir bankaya yollar. Yabancı ve yerli muhabir banka, amir (ithalatçı) bankanın yardımcısı durumundadır (B.K.md.100)...”

...İhracatçı davacı ile bankası arasındaki hukuksal ilişki, *Borçlar Yasasının 386 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca "vekalet" ilişkisidir...* (KİB).

⁵³⁸ Vekilin, vekalet sözleşmesi gereğince yapması gereken işi tevdi ettiği ve alt vekil olarak isimlendirilebilecek kişinin bir çeşit yardımcı kişi olarak ifade edildiğini de belirtebiliriz., inc. Tandoğan, **C. II**, s. 460 vd.

⁵³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 626, Pn. 10; Akyol, **a.g.e.**, s. 9; inc. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10 bs. (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2014, s. 1164; İnc. Gümüş, **a.g.e.**, s. 410 vd.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, 14. bs., İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2016, s. 633; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 300; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 107, Pn. 2.

⁵⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 628, Pn. 10; Yavuz, **Özel**, s. 1155; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 629.

⁵⁴¹ Tandoğan, **C. II**, s. 456 vd.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 657; Yavuz, **Özel**, s. 1188, 1196; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 654.

suretle sorumlu olacaktır. Vekilin ne zaman başka bir kimseye başvuramayacağını anlamak için TBK md. 506/1 hükmüne bakmalıyız. Fıkradaki “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*” hükmüne göre, vekilin açık veya zımni olarak vekalet verenden bu konuda yetki almadığı hallerde ve durum, teamül ve işin niteliğinin de alt vekile başvurmayı haklı kılmadığı hallerde alt vekile başvurması halinde, durum caiz olmayan bir iş devri olarak nazara alınacaktır⁵⁴². Vekilin kural olarak işi bizzat yapması gerektiğinin düzenlenmiş olması, vekalet ilişkisinin vekile duyulan yoğun güven çerçevesinde kurulmasından kaynaklanmaktadır⁵⁴³. Bu durumda vekil, kendi bizzat görmekle yükümlü olduğu işi gördürdüğü alt vekilin verdiği zararlarda da, kanunun ifadesiyle, “kendisi yapmış gibi⁵⁴⁴,” sorumlu olacaktır⁵⁴⁵.

Diğer ihtimal ise, vekilin işi alt vekile devretmek konusunda vekalet verenden açık veya zımni bir yetkisi olması veya işin niteliğinin, durumun veya teamülün buna izin vermesi ihtimalidir⁵⁴⁶. Kanunda düzenlenen bu ihtimalde ise vekil, sadece alt vekil seçmede ve ona talimat vermede gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olacaktır. Dolayısıyla bu özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getiren vekil, alt vekilin fiillerinin ortaya çıkardığı zararlardan sorumlu olmayacaktır⁵⁴⁷. Kendisine görülmesi için bir iş bırakılan kişinin, kullandığı kişilerin yol açtığı zararlardan sorumlu tutulması düşüncesinin de, daha önceleri Roma hukuku pratiklerine konu olmuş bir durum olduğunu görmekteyiz. D. 11, 6, 2, 1 (Paulus’un Edictum’unun yirmi beşinci kitabından): “*Eğer bir şekilde, ben bir bilirkişiyi benim arazimi ölçmesi için size yönlendirmişsem ve siz bunu Titius’a havale etmişseniz, ve o, iş sırasında*

⁵⁴² İnc. Tandoğan, **C. II**, s. 457 vd.; Yavuz, **Özel**, s. 1196 vd.

⁵⁴³ Tandoğan, **C. II**, s. 456; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 657; inc. **a.e.**, s. 633; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 654; Yavuz, **Özel**, s. 1196 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 432; Vekalet sözleşmesindeki güven unsurunun, diğer sözleşmelere oranla, çok daha yoğun olduğu ifade edilmektedir., **a.e.**, s. 415.

⁵⁴⁴ Bkz. TBK md. 507/I: “*Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.*”.

⁵⁴⁵ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 659; Gümüş, **a.g.e.**, s. 434.

⁵⁴⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 432; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 654; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 657 vd.

⁵⁴⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 140.

*kötü niyetli davranmış ise, siz sorumlu olacaksınız; çünkü böyle bir kişiye inanarak kötü niyet gösterdiniz.” şeklinde tercüme edebileceğimiz Roma hukuku metnine*⁵⁴⁸ göre, kendisine iş bırakılan kişi, o işi başkasına yaptırmış ise, ortaya çıkan zararlardan dolayı bizzat sorumlu olacaktır⁵⁴⁹.

Paralel hükmün TBK md. 507’de “*Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur...*” şeklinde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla, yardımcı kişinin (caiz olan veya olmayan bir şekilde) alt yardımcı kişi kullanması durumunda, borçlunun bu alt yardımcının fiillerinden de sorumlu olacağına ilişkin görüşümüz aksine kanun koyucu, vekalet⁵⁵⁰ ilişkisi içinde özel bir hüküm getirerek⁵⁵¹, vekilin alt vekilin fiillerinden dolayı, yalnızca alt vekile başvurusunun caiz olmadığı hallerde sorumlu olacağını düzenlenmiştir. Aynı şekilde konunun İsviçre’deki karşılığı ise OR art. 399’da⁵⁵², “vekilin, yetkisiz hareket etmişse, zarar veren alt vekilden dolayı sanki onun fiillerini kendisi yapmış gibi sorumlu olacağı, yetkili olarak hareket etmiş olması halinde ise seçim ve talimat konusundaki dikkat ve özeninden dolayı sorumlu olacağı” ifade edilerek, özel bir hükümle düzenlemiştir.⁵⁵³

O halde, vekalet ilişki kapsamında vekilin sorumluluğu incelenirken, hangi sıralamanın takip edilerek inceleme yapılması gerektiğini belirtebiliriz. Öncelikle ayırt etmemiz gereken durum, vekilin ifade kullandığı üçüncü kişinin, doğrudan işi üstlenmesi için tayin ettiği bir vekil mi, yoksa vekilin görevini ifa ederken yardımına

⁵⁴⁸ Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D11_Scott.htm#VI, szt. 29.11.2017.

⁵⁴⁹ Bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 89 vd.: “D. 11, 6, 2 pr. – I: ...vel per litteras sed si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensura magri ageres et tu id Titio delegaveris et ille dolo malo quid in ea re fecerit, tu tenebaris quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti.”.

⁵⁵⁰ “Auftrag”.

⁵⁵¹ Koller, **101**, s. 124; Bucher, **a.g.e.**, s. 352.

⁵⁵² “Hat der Beauftragte die Besorgung des Geschäftes unbefugterweise einem Dritten übertragen, so haftet er für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären.

War er zur Übertragung befugt, so haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten...”.

⁵⁵³ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 26; Keller, **a.g.e.**, s. 317; Bucher, **a.g.e.**, s. 352; Oser/Schönenberger, **Art. 101**, Pn. 12.

başvurduğu yardımcı kişilerinden birisi mi olduğu hususudur. Üçüncü kişinin aslında sadece yardımcı kişi niteliğine haiz olduğunun tespit edilmesi durumunda ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları geçerli olacaktır⁵⁵⁴.

Vekilin ifa ilişkisine dahil ettiği üçüncü kişinin, alt vekil sıfatını aldığı durumlarda ise, vekilin bu atamayı yetkili olarak mı yoksa yetkisiz olarak mı yaptığına bakmalıyız⁵⁵⁵. Alt vekile gitmenin caiz olmayacağı durumlarda vekil, doğrudan alt vekilin davranışlarından kendisi yapmış gibi sorumlu olacakken⁵⁵⁶, alt vekilin caiz olduğu durumlarda ise TBK md. 507/2'nin "*Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.*" hükmünden doğan atıfla, alt vekilin seçiminde ve talimatlandırılmasında dikkat ve özen gösterilmiş olması, vekili sorumluluktan kurtaracak, tam tersi durumda ise vekilin sorumluluğu doğacaktır⁵⁵⁷. Bu durumda zarar gören vekalet veren, zararların karşılanması talebiyle gerek vekile, gerekse de alt vekile başvurabilecektir.

Dolayısıyla, vekaletle ilişkin bu hükümlerin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu kısıtladığını ve TBK md. 116'nın uygulama sahasının, bu hükümler dışındaki alanlarda geçerli olacağını belirtebiliriz⁵⁵⁸. Aynı zamanda vekalet sözleşmesine ilişkin bu düzenleme, yalnızca basit anlamda vekaletle ilişkin değil, aynı zamanda TBK md. 520⁵⁵⁹ bağlamında Simsarlık⁵⁶⁰ sözleşmesi, TBK md. 532⁵⁶¹

⁵⁵⁴ İnc. Yavuz, **Özel**, s. 1197; inc. Gümüş, **a.g.e.**, s. 433 vd.

⁵⁵⁵ İnc. Yavuz, **Özel**, s. 1197; Alt vekile başvurmanın caiz olmadığı durumlarda, alt vekilin gördüğü işlerin, vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirileceği de ifade edilmektedir., Tandoğan, **C. II**, s. 462; ancak, başka bir vekile başvurmaya daha sonradan onay gösterilmesi halinde ise, vekilin işi gördürdüğü üçüncü kişi ile vekalet veren arasında bir vekalet ilişkisi kurulduğu da ifade edilmektedir., Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 654; sonradan verilen onayın, devri caiz hale getireceği yönünde bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 432.

⁵⁵⁶ Tandoğan, **C. II**, s. 465.

⁵⁵⁷ Tandoğan, **C. II**, s. 466; ayr. bkz.: Benzer şekilde, devrin izinli olduğu durumlarda devreden, devredilenin seçiminden dolayı sorumlu olduğu: ABGB §1010: "*Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Noth einem Dritten auf; so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, oder durch die Umstände unvermeidlich; so verantwortet er nur ein bey der Auswahl der Person begangenes Verschulden.*".

⁵⁵⁸ Koller, **101**, s. 123 vd.; inc. Tandoğan, **C. II**, s. 466.

⁵⁵⁹ "...Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır...".

bağlamında Komisyon sözleşmesi ve Taşıma sözleşmesi gibi özel düzenlemelere de uygulanabilecektir⁵⁶².

Farklı bir bakış açısına göre, bahsettiğimiz bu, vekilin alt vekile başvurusu halindeki yardımcı kişilerin fiillerinden bağımsız duran durum, esas itibarıyla hizmet tedariki sözleşmeleri⁵⁶³ bakımından karşılaştırmaya tabi tutulmalıdır⁵⁶⁴. Buna göre vekalet sözleşmesine ilişkin bahsi geçen bu özel hükümler, vekilin borcunu ifa ederken kullandığı yardımcı kişiler söz konusu olduğu hallerde değil, vekilin doğrudan vekalet sözleşmesinin ifasını bir alt vekile bıraktığı durumlarda uygulanmalıdır. Bu itibarla da, vekalet sözleşmelerine ilişkin bu özel düzenlemelerin, esasen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanma sahasını daraltmadığı belirtilmektedir. Bu bakış açısına göre, vekalet sözleşmesine ilişkin bu hükmün yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk yerine kullanılabilmesi için vekilin vekalet ilişkisi kapsamında üzerine aldığı görevleri, kendisinin yerine bir başka kimseye olduğu gibi devretmesi gerekecektir⁵⁶⁵. Dolayısıyla vekilin vekillik

⁵⁶⁰ Simsar, emlakçı gibi kişilerin, aracı oldukları kişiler bakımından, kural olarak yardımcı kişi sayılmayacağına ilişkin ayr. bkz.: Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 101; buna karşılık, aracı kurumların, örneğin acentelerinden veya acentelerinin çalışanlarından dolayı sorumlu olabileceklerine dair bkz. Yarg. 19. HD, 15.04.2004 T., 2003/5127 E., 2004/4458 K.: "...Davalı U. Menkul Değerler A. Ş. aracı kuruluş olup, Eskişehir acentesi olarak K...’la çalıştığı ve dava konusu işlemlerin acente çalışanı L. U. tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. SPK’nın Seri V No: 18 Sayılı Tebliğinin 25. maddesinde acente aracılığıyla yapılan işlemlerle ilgili olarak müşteriyle kurulan ilişkilerden doğan hukuki sorumluluğunun aracı kuruluşa ait olduğu öngörülmüştür. BK’nın 100. maddesine göre bir borç ilişkisi içinde bir edimin ifası veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmış olan kimse, bu yardımcı kişinin işi gördüğü sırada sebep olduğu zararlardan sorumludur. Müşterilerle işlem yapan L. U. aracı kurumun acentesinin çalışanı olup bu kişinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle müşterinin uğradığı zarardan aracı kurum sorumludur. Mahkemece bu yön gözetilerek 1.016.000.000 TL’den davalı aracı kurumun da sorumlu tutulması gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir..." (KİB).

⁵⁶¹ "Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir.

Bu bölümdeki hükümler saklı kalmak üzere, komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır."

⁵⁶² Koller, **101**, s. 124; Taşıyıcıların sorumluluğu için ayr. inc. Keller, **a.g.e.**, s. 361 vd.

⁵⁶³ "Dienstverschaffungsvertrag".

⁵⁶⁴ Bkz. Koller, **101**, s. 125 vd.: Hans Bächler, **Über de Beizug eines Dritten durch den Beauftragten**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, S. 339, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1960, s. 67 vd.; Şenocak, **Yardımcı**, s. 143, dn. 307.

⁵⁶⁵ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 93 vd; Şenocak, **Yardımcı**, s. 144.

sıfatını tamamen devretmiş olmayıp, üçüncü kişiyi sadece kendi yardımcısı olarak kullandığı durumlarda ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilmelidir.

Devrin kimin adına ve hesabına yapılmış olduğunun ayrımında bir tereddüt bulunması halinde ise menfaat kriteri esas alınmalı ve eğer yardımcı kişi kullanılması vekil lehine ise, vekilin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gidilmeli iken, üçüncü kişiye gitme müvekkil lehine ise, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasının uygun olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁶.

Bu konuda açık bir hüküm içeren Alman düzenlemesi BGB § 664/1'de⁵⁶⁷ ise, şüphe halinde vekilin işi üçüncü kişiye bırakamayacağı kabul edilmekle birlikte, eğer devre izin verildiği anlaşıyor ise devrin yapılabileceği, ancak vekilin işi devrettiği kişiden dolayı BGB § 278, yani yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne göre sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

Netice itibariyle kanaatimize göre de, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulama alanını daraltmaktadır⁵⁶⁸. Ancak, vekalet ilişkisinin devredilmediği, fakat vekalet kapsamında yardımcı kişilere başvurulduğu durumlarda ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulanabilmelidir. Örneğin, avukatın veya doktorun sekreteri, vekilin yardımcı kişisi olarak örneklenmiştir⁵⁶⁹. Geri kalan diğer durumlarda ise vekalet sözleşmelerine ilişkin özel hükümler uygulanmalıdır⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ İnc. Josef Hofstetter, **Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000, s. 95 vd.; Şenocak, **Yardımcı**, s. 145 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s. 434.

⁵⁶⁷ “Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich.”

⁵⁶⁸ İnc. Altherr/Brem/Bühlmann, **a.g.e.**, s. 124 vd., Pn. 29; aynı yönde BGE 112 II 353.

⁵⁶⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 433.

⁵⁷⁰ Yine, alt vekalet ilişkisine benzer, ancak ondan ayrılan bir kavram olarak, asıl vekilin vekalet veren adına yaptığı bir sözleşme ile vekalet sözleşmesinden doğan borçlarını bir diğer kişiye devrettiği ve bu kişi ile müvekkil arasında hukuki ilişkinin kurulmuş olduğu şeklinde açıklanan, “ikame vekil” kavramına ilişkin olarak ayr. bkz. Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 659 vd.; aynı şekilde inc. Tandoğan, **C. II**, s. 461 vd.

d. İfa Yardımcısı - Kullanma Yardımcısı

(1). Genel olarak

Değınmemız gereken bir diğér karşılaştıırma ise ifa yardımcıısı olarak görev alan yardımcı kişı ile hakkın kullanılmasında görev alan yardımcı kişilere ilişkindir⁵⁷¹. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında, bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında rol oynayan ve burada ele aldığımız üçüncü kişiler, (*Ausübungsgehilfe - Nutzungsgehilfe*)⁵⁷² kullanma yardımcıısı olarak isimlendirilmektedir⁵⁷³. Başka bir ifade ile bu kişiler, alacaklının haklarını alacaklının rızası ile kullanan diğér kişiler olarak da tanımlanabilmektedir⁵⁷⁴.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğı düzenleyen 116. madde, yalnızca bir borç ilişkisinden doğan borcun ifasında kullanılan yardımcıların fiillerinden doğan sorumluluğı değıl, aynı zamanda yine borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında rol alan kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğı da düzenlemektedir⁵⁷⁵. Her ne kadar İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarından farklı olarak, Alman Medeni Kanunu'nda kullanma yardımcıısından bahsedilmemiş⁵⁷⁶ olsa da, bir hakkın kullanılması vesilesiyle zarar verenlerin fiillerinden sorumlulukta da uygun düştüğü ölçüde bu sorumluluğun uygulanabileceğı ele alınmaktadır⁵⁷⁷.

⁵⁷¹ Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 6; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 51; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 7; Tuhr/Siegwart, **a.g.e.**, s. 567 vd.; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 7.

⁵⁷² “*Nutzungsgehilfen*” olarak bkz. Becker, **Obligationenrecht**, Art. 101, Pn. 21; aynı şekilde bkz. Tschudi, **a.g.e.**, s. 11; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 51; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 6; Schnyder, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 6; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 440.

⁵⁷³ Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 6; Büren, **a.g.e.**, s. 397; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 147; Koller, **101**, s. 147; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 7; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 289, Pn. 101; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 7.

⁵⁷⁴ Koller, **101**, s. 147.

⁵⁷⁵ Büren, **a.g.e.**, s. 397; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 995; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 6; Portmann, **a.g.e.**, s. 46; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 149 vd.; Tuhr/Siegwart, **a.g.e.**, s. 567 vd.

⁵⁷⁶ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 6; Knütel, **a.g.e.**, s. 404, dn. 261.

⁵⁷⁷ Oetker/Maultzsch, **a.g.e.**, s. 423, dn. 416; Wolf, **a.g.e.**, s. 451; inc. Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 272, Pn. 451.

Kullanma yardımcısı olarak da ifade ettiğimiz bu⁵⁷⁸, hakkın kullanılmasında rol alan yardımcı kişilere ilişkin örnek vermek, ifa yardımcısı bakımından örnek vermektense daha zor görünmektedir. Akıllara ilk gelen ve sıklıkla kullanılan bir örnek ise kira sözleşmelerine ilişkindir⁵⁷⁹. Kira sözleşmesi kapsamında sorumluluk için bakmamız gereken ilk nokta, kiralanan kiracının rızası ile giren kişilerin varlığıdır⁵⁸⁰. Buna göre örneğin, bir konut veya işyeri kira sözleşmesinde, kiracının eşinin, çocuklarının ve hatta kiracının rızası ile konuta giren diğer kişilerin, kiralanan vermiş oldukları zararlardan dolayı, kiracı-borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü gereğince sorumlu olacaktır⁵⁸¹. Dolayısıyla bir alt kiracıdan⁵⁸², yalnızca akşam yemeği için eve davet edilmiş bir misafirden, eve çağırılmış bir tamirciden veya taşınma için anlaşılmış bir taşıma firmasının işçilerinden dolayı, kullanma yardımcısı vesilesiyle kiracı sorumlu olacaktır⁵⁸³. Yargıtay'ın vermiş olduğu “*Kiracı ve onun hizmetinde bulunanlar tedbirsiz davranışlarından dolayı mal sahibine karşı sorumludurlar. Bütün gazı tüpünü yanlış takan ve zarar doğuran eyleme yol açan kişinin bu eyleminden kiracı sözleşme uyarınca sorumludur. (B.K. 100)*” özetli bir kararda da kiracı, evde tüp takan kişiden dolayı, bu kişinin verdiği zararlardan ötürü yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

⁵⁷⁸ “Yararlanma yardımcıları” olarak ayr. bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 11.

⁵⁷⁹ Joachim Gernhuber, “Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte”, **Festschrift für Arthur Nikisch**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1958, s. 255; Büren, **a.g.e.**, s. 397; Diğer taraftan, burada kiracının kiralananı getirdiği kişilerden dolayı sorumluluğu, sözleşmeden doğan borçlarının (ki bunlar koruma yükümlülükleri ile de örneklendirilmektedir) ifasına dahil edilmekle ele alınıyor olsa da (bkz.: Fritz Zunft, “Erfüllungsgehilfen und Vertrag Zugunsten Dritter im Mietrecht”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 153, 1954, s. 379 vd.), İsviçre ve Türk hukuku bakımından kiralananı getirilen kişileri kullanma yardımcısı sayabilme imkanına sahibiz. Bu da esasen, TBK md. 116 hükmünde açıkça kullanma yardımcısından bahsedilmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, Türk hukuku bakımından, kiralananı getirilen kişilerin verdiği zararlardan dolayı kiracıyı sorumlu tutmak için, asli edim, yan edim, koruma yükümlülükleri vs. ayrımlarını zorlamak yerine, doğrudan kullanma yardımcısının fiillerinden dolayı TBK md. 116’yı uygulayabileceğiz.

⁵⁸⁰ Koller, **101**, s. 147; Zunft, **a.g.e.**, s. 379; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 440.

⁵⁸¹ Burada “*Obhutspflichten*” gözetim/koruma yükümlülüklerinin rol oynadığına ilişkin bkz.: Zunft, **a.g.e.**, s. 379; Şenocak, **Yardımcı**, s. 127 vd.; Gernhuber, **Drittwirkungen**, s. 255; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 11.

⁵⁸² Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 51; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.04.

⁵⁸³ Koller, **101**, s. 147.

kapsamında nazara alınarak sorumlu tutulmuştur⁵⁸⁴.

Kira sözleşmesinde yalnızca sözleşmeden değil, kanunun verdiği yetkiyi kullanan borçlu/alacaklının da kullandığı yardımcı kişilerden sorumlu olması gerekmektedir. Örneğin kiraya veren, TBK md. 320'den doğan yenilik ve değişiklik yapma hakkını kullanırken çalıştırdığı üçüncü kişilerden veya TBK md. 319'daki kiralananın onarımı ve satışı maksatlı olarak üçüncü kişileri kiralananana sokarken ve gezdirirken⁵⁸⁵ kiracıya verilen zararlardan dolayı da, kullanma yardımcılarının vermiş oldukları zararlar nazarıyla sorumlu olmalıdır. Hatta kanaatimizce, kiralanan daireye üçüncü kişileri sokan ve bu kişiler vesilesiyle kiracı ve kiralananana zarar veren ev sahibi, yalnızca aralarında doğrudan kira sözleşmesi bulunan kiracıya karşı değil, eğer verilen zarar diğer apartman sakinlerini de etkilemiş ise zarar gören diğer kat mülkiyeti sahiplerine karşı da TBK md. 116 uygulanmak suretiyle sorumlu olmalıdır⁵⁸⁶.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kira sözleşmesinde kullanma yardımcısı veya ifa yardımcısı eliyle zarar gören kişinin yalnızca bizzat sözleşme ilişkisi içerisinde olan kiracı olması gerekmecektir. Bu sebeple, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü vesilesiyle, yalnızca sözleşmede imzası bulunan kişi değil, onunla birlikte oturan eş ve çocukları gibi kişiler de, zarara uğramaları halinde

⁵⁸⁴ Bkz. Yarg. 4. HD., 30.03.1976 T., 976/2799 E., 976/3389 K.: "...Davalı kiracı ve ona bağlı olarak evin hizmetinde bulunanlar kiralananı tehlikeye düşürecek davranışta bulunmamak borcu altındadırlar. Tedbirsiz davranışları ile veya böyle bir davranışı önlememeleri ile gerçekleşen zarardan kiraya verene karşı sorumludurlar. Olay tüpü getiren ve yerine takıp denemeyi yapan kişinin belirgin bir şekilde kusurlu davranışından doğmuş olup davalı bunu önleme bakımından üzerine düşen borcu yerine getirmiş değildir. O halde davalı kiracının yardımcı kişinin meydana getirdiği zarardan sözleşme uyarınca sorumlu tutulmaması bozmayı gerektirir.

Zararlandırıcı eylem davalı H...'in çalıştırdığı kişinin tedbirsizce davranışından Bütan Gazı ocağının çıkış düğmesini kapatmadan soba yanan odada çalışmasından sızan gazın parlamasından doğmuştur. Bu davranış aşırı derecede tedbirsiz bir davranıştır. O halde adamının bu tedbirsiz davranışından davalı gaz bayii'nin sorumlu tutulmamış olması usul ve yasaya aykırıdır..."", Ankara Barosu Dergisi, 1976-4, s. 709.

⁵⁸⁵ Bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 472, Pn. 4 vd.

⁵⁸⁶ Aynı şekilde bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 122; ayr. inc. B. III: IV/C/2.

yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden faydalanabileceklerdir⁵⁸⁷.

Kira sözleşmesi örneğinde, kiralanana girenlerin fiillerinden sorumluluğun temeli, bu kişilerin kiralanana kiracının rızası ile giriş yaptıkları fikrine dayanmaktadır⁵⁸⁸, ki hacze gelen polis veya haciz memuru ya da seyyar satıcı gibi bu rızanın bulunmadığı hallerde kiralanana girenlerden dolayı ise, kiracının sorumluluğu bulunmayacakken, müşterinin veya mal teslim eden satıcının işyerine girmesi hallerinde rıza söz konusu olacağından, sorumluluk da söz konusu olabilecektir⁵⁸⁹. Yine örneğin bir doktor, kiraladığı taşınmaza gelen hastalarının bisikletlerinin duvara verdiği zararlardan dolayı sorumlu kabul edilecekken, onun rızası olmadan taşınmaza giren dilenci veya satıcı gibi yabancı başka kişilerden dolayı sorumlu olmayacaktır denilmektedir⁵⁹⁰.

Ancak rıza dışında bazı kişilerin apartmana girişi, kullanma yardımcısı vesilesiyle sorumluluğa sebebiyet vermezken, ifa yardımcısı vesilesiyle sorumluluğa sebebiyet verebilir. Örneğin zarara sebebiyet veren üçüncü kişilerin, apartmana güvenlik görevlisinin kapıda uyumasından faydalanarak rahatça girdikleri bir olayda, zarar gören kat maliklerinin, güvenlik görevlilerini seçip görevlendiren firmaya karşı (her ne kadar sözleşme apartman yönetimi ile şirket arasında yapılmış ve zarar gören malikin doğrudan sözleşmede imzası olmasa da), yardımcı kişilerin fiillerinden

⁵⁸⁷ Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 17; ayr. Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 28; inc. Serozan, **C. III**, s. 502.

⁵⁸⁸ Koller, **101**, s. 148 vd.

⁵⁸⁹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 129 vd.

⁵⁹⁰ Koller, **101**, s. 149; Buradaki gibi, rızaen girenlerin verebilecekleri zararlardan sorumluluğun paralelinde bir örneği de, Roma hukuku içerisinden verilebiliriz. Şöyle ki, D. 4, 9, 1, 8 (Ulpianus'un Edictum'unun on dördüncü kitabından): "*Düşünüyorum ki, o, eşyaları gemide emanete aldığı anda daima, yalnızca kendi gemi adamlarından dolayı sorumlu olmamalıdır, aynı şekilde yolculardan dolayı da sorumlu olabilmelidir.*" şeklindeki tercüme edebileceğimiz metinde de görüldüğü üzere, kişi hem kendi çalışanlarından (ifa yardımcılarının), hem de müşterilerinden (kullanma yardımcılarının) dolayı sorumlu tutulabilmiştir; Metin için ayr. bkz.: Güven, **a.g.e.**, s. 84: "*D. 4, 9, 1, 8 (Ulpianus libro quarto decimo ad editum): ...et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum.*" ve çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D4_Scott.htm#IX, szl. 29.11.2017.

dolayı sorumluluk hükümlerince başvurabilmeleri yerinde olacaktır⁵⁹¹.

Başka bir örnek olarak: Yan bahçe komşuları olan iki evden birinin, yan bahçeki kuyudan (ve doğrudan evden) bahçede kullanmak üzere belirli bir süreliğine su almak (veya bahçeyi gerektiğinde budamak, bakıma almak vs. için belirli malzemelerin kullanılması) konusunda anlaşmaya vardıkları bir olayda, suyu (veya diğer herhangi bir şeyi) almak için komşunun bahçesine giren komşunun çalışanlarının, bu şeyleri almak için girdikleri bahçedeki bir antika nesneyi kırmaları, su çekerken ekin veya bitkileri zarara uğratmaları gibi hallerde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır. Konuyla ilgili olarak örnekleri artırmak gerekirse, bir otomobil kiralanması ve kiralanan bu otomobile binen kiracının yakınlarından birinin ve hatta kiracının yoldan aldığı herhangi birinin, otomobile bir zarar vermesi dolayısıyla kiracının sorumluluğu; elektrik veya su dağıtım firmasının personelinin, sayaç okumak için girdikleri işyeri veya konuta zarar vermeleri; vücuttan araştırma amaçlı olarak örnek alınması konusundaki anlaşmada, örneği alan yardımcının, vericiye zarar vermesi gibi ihtimalleri saymak mümkün olacaktır⁵⁹².

Bütün bu örneklerde, bir borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılması sırasında yardımcı kişi olarak nitelendirilen kimselerin borç ilişkisinin diğer tarafına zarar vermesi söz konusudur. Dolayısıyla, ilk örnekte otomobili kiralayan kişi, ikinci örnekte dağıtıcı firma, son örnekte de bilimsel araştırma konusunda anlaşmayı yapan hastane⁵⁹³ veya gerçek kişi araştırmacı, kullanma yardımcısı sıfatına sahip

⁵⁹¹ Esasen buradaki gibi örneklerde, sözleşmenin de üçüncü kişi (yani apartman sakinleri) lehine yapılmış olarak nazara alınabileceğini de söylemek mümkündür.

⁵⁹² Bkz.: Güven, **a.g.e.**, s. 88: Yine Roma hukukundan bir örnek vermek gerekir ise, vergi toplamaya yardımcı olan kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğduğu, vergi toplama hakkını icra edecek olan kişilerin iyi seçilmiş olmaları gerektiği “*D. 39, 4, 3 pr. (Ulpianus’un edictum şerhinin elli beşinci kitabından): Eğer onlar dava etmemişler ise, yargılama bir noxa dava olarak görülmüş olabilir. Bu şiddette bir şartın getirilmesinin nedeni vergi toplayıcılarının bu iş için iyi köleler seçmeleri gereğidir.*” şeklindeki tercüme edilen Roma hukuku metninden de anlaşılmaktadır.; “*D. 39, 4, 3 pr. (Ulpianus libro quinquagensimo quinto ad edictum): Cum, si exhibuissent, noxali iudicio convenirentur. idcirco autem tam dura condicio eorum effecta est, quia debent bonos servos ad hoc ministerium eligere.*”, çvr. http://www.intratext.com/IXT/LAT0866/_P7H.HTM, sz. 10.07. 2017.

⁵⁹³ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta hastane için ayr. bkz.: Caspers, **Staudinger**, § 278,

yardımcılarının verdikleri zararlar nedeniyle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacaklardır.

(2). Alt Kullanma Yardımcısı ve Özellikle Sportif Organizasyonlar

Yine kullanma yardımcısının sorumluluğunun da alt kullanma yardımcılarını kapsadığını ifade etmek gerekir. Bahsi bir örnekle ifade etmek daha yerinde olacaktır. Örneğin, bir spor kulübünün sezon içerisindeki maçlarını stadyumdan seyretmek isteyen (A) kişinin, kulüp ile kombine bilet satış sözleşmesi yaptıklarını düşünelim. (A) kişisi, sahip olduğu seyir hakkını, o haftaki karşılaşma için kullanmak istemediği takdirde, herhangi bir kişiye (ücretli veya ücretsiz bir şekilde) devredebilecektir⁵⁹⁴. Bu durumda seyir hakkı kendisinde olan fiili kullanıcının stadyumda vereceği zararlardan dolayı, kullanım yardımcısının fiillerinden sorumluluğun işletilmesinin önünde bir engel yoktur. Aynı şekilde, kullanım hakkının kurallara uygun şekilde kendisine devredildiği kişinin de, para karşılığında bir şekilde kendi yerine başka birisini stadyuma sokması halinde, bu alt kullananın fiillerinden sorumluluk da aynı prensipler doğrultusunda yine asıl hak sahibinin karşısına çıkabilecektir.

Verdiğimiz son örnekte de, asıl hak sahibinin alt kullanıcıya devir konusunda rızasının olup olmaması önemli değildir. Zira, asıl hak sahibi, spor kulübü ile aralarındaki borç ilişkisinden doğan hakkını başka bir kişiye (ister ivazlı isterse de ivazsız olsun) devretmekle, o kişinin ortaya çıkarabileceği zararların rizikosunu üzerine almış sayılmalıdır.

Yine örneğin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk örneğini, seyir sözleşmesinin tarafı olan kulübün sorumluluğuna sebebiyet verecek şekilde de ele alabiliriz. Şöyle ki, gerek sportif organizasyona ilişkin özel anlaşmalar kapsamında, gerekse federasyon, konfederasyon bünyesinde olsun, kulüpler birçok güvenlik

Pn. 95; ayr. Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 42; Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 27.

⁵⁹⁴ Organizatör (kulüp vs.) müsaade ettiği takdirde. Bkz.: Hasan Petek, “Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2012, s. 686.

önlemi almakla yükümlüdürler⁵⁹⁵. Dolayısıyla örneğin, kulübün spor karşılaşmasında gerekli önlemleri⁵⁹⁶ almaması neticesinde, mücadele eden kişilerin⁵⁹⁷ ve hatta müsabaka görevlilerinin sahaya giren kişilerce dövülmesi ile oluşan zarardan dolayı veya spor ve seyirci alanına sokulan kesici delici aletlerle yaralanmaların meydana geldiği bir olayda, kontrol görevlerini olması gerektiği gibi yerine getirmeyen güvenlik görevlilerinin bu (pasif) fiillerinden dolayı kulüp, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk altında olmalıdır.

Esasen bu gibi durumlarda doğrudan kulübün sorumluluğuna da gidilebilecek olmakla birlikte, bir güvenlik görevlisi veya herhangi bir sığata sahip kulüp çalışanının, seyirci, sporcu, teknik ekip veya hakemler gibi kişilerin can ve mallarına ilişkin zararlara sebebiyet vermeleri halinde, kulübün yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğunun da doğması gerekecektir.

(3). Üçüncü Kişı Yararına Sözleşme İlişkisi

Bu alt başlık altında üçüncü kişı yararına sözleşme ilişkisine de değinmek gerekir⁵⁹⁸.

Kullanma yardımcısı kavramı bakımından farklı ihtimalleri ele alabilmemize fırsat vereceğinden, ele alınmaya değer bir örnek ise kira sözleşmesi ve üçüncü kişı

⁵⁹⁵ Bkz. Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Disiplin Talimatı md. 6: “Ev sahibi kulüp, müsabakanın oynanacağı stadın ve çevresinin düzenini ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.

Kulüpler, müsabaka öncesinde, esnasında ve sonrasında meydana gelebilecek her türlü olaydan sorumlu olup müsabakanın organizasyonuna ve güvenliğine ilişkin tüm talimatlara uymakla yükümlüdür.

Kulüpler, futbolcularının, görevlilerinin, başkanlarının, onursal başkanlarının, yöneticilerinin, çalışanlarının, üyelerinin, özel güvenlik görevlilerinin ve taraftarlarının ihlallerinden dolayı objektif olarak sorumludur.”.

⁵⁹⁶ Bkz.: Petek, **a.g.e.**, s. 689.: “...Seyirciler sportif faaliyeti izleme yanında, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, dürüstlük kuralına göre talep edebilecekleri diğer haklara da sahiptirler. Tuvalet ihtiyacının karşılanması, yeme içme ihtiyaçlarının giderilmesi için asgari şartlara sahip imkânlar sunulmuş, seyircilerin güvenlikleri sağlanmış, malvarlıklarını ve sağlıklarını korumaya yönelik tedbirler alınmış olmalıdır...”.

⁵⁹⁷ Gerek ev sahibi gerek misafir takım oyuncusu.

⁵⁹⁸ Ayr. inc. Öz, **a.g.e.**, md. 129, s. 1014 vd.

yararına sözleşme kavramlarının bir arada değerlendirilmesi suretiyle irdelenebilir⁵⁹⁹. Örneğin, Kiraya veren (A) kişisi ile kiracı (B) kişinin yapmış oldukları kira sözleşmesinde, kiralananda oturacak kişinin üçüncü kişi (Ü) olarak kararlaştırılması halinde durum böyledir⁶⁰⁰. Burada (A), (B) ile yapılan sözleşme uyarınca bir borcun ifasını (Ü)'ye yapmayı üstlenmektedir. Belirtmek gerekirse, üçüncü kişi yararına sözleşme⁶⁰¹ kavramı özel bir sözleşme türünü ifade etmeyecektir ve bu yüzden de Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında ele alınmaktadır; dolayısıyla üçüncü kişi yararına sözleşme bulunan hallerde, üçüncü kişi yararına yapılan esas sözleşmenin (örneğin, sözleşmenin şekli) kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir⁶⁰². Burada taahhüt edenin, borcunu alacaklıya değil, bir başkasına ifa etmesi durumu söz konusudur⁶⁰³. Üçüncü kişi, bu sözleşme ile bir borç altına girmediğinden, bu sözleşmenin geçerliliği için, onun onayına ihtiyaç olmadığı gibi, bir bilgisi olması dahi gerekmemektedir⁶⁰⁴.

Nihai soru ise üçüncü kişinin, örneğin kiralanana bir zarar vermesi halinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesiyle, taahhüt ettiren (B)'nin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğidir. Bu konuda Alman yüksek yargı içtihatlarının soruya olumlu yanıt vermekte olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁵. Bize göre

⁵⁹⁹ Bkz. Zunft, **a.g.e.**, s. 386 vd.; Ayrıca bkz. Heinrich Rosenthal/Bernhard Kamnitzer/Heinrich Bohnenberg, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 15. bs., Kleve, Carls Heymanns Verlag, 1965, Pn. 852; İnc. Yarg. 15. HD, 10.05.2016 T., 2015/5619 E., 2016/2683 K.: "...Sözleşmelerin nispiliği ilkesi gereğince sözleşme ancak tarafları hakkında hüküm ifade eder ve sözleşmenin tarafı olmayanlar bu sözleşmeye dayanarak bir edimin ifasını isteyemezler. Genel kural bu olmakla birlikte hukukumuzda bu ilkeye getirilmiş istisnaları içeren kurallar da bulunmaktadır. Bunlardan birisi de 818 Sayılı BK'nın 111. maddesinde düzenlenen başkası lehine şart hükümleridir. Buna göre taraflar sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi yararına bir şart taraflarca kararlaştırılabilir. Bu şart ile sözleşmenin tarafı, sözleşmeye taraf olmayan kişi yararına bir edimi yerine getirmeyi üstlenir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler..." (KİB).

⁶⁰⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 437, Pn. 1250; Öz, **a.g.e.**, md. 129, Pn. 1; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 217.

⁶⁰¹ Ayr. inc. Wörlén/Metzler-Müller, **a.g.e.**, Pn. 271 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 18, Pn. 28 vd.

⁶⁰² Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 446, Pn. 1284.

⁶⁰³ Rudkowski, **a.g.e.**, s. 72.

⁶⁰⁴ Öz, **a.g.e.**, md. 129, Pn. 13.

⁶⁰⁵ Zunft, **a.g.e.**, s. 386.

de burada (tam-eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ayrımı⁶⁰⁶ yapılmaksızın), lehdar olan üçüncü kişinin verdiği zararlardan dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre taahhüt ettiren sorumlu olmalıdır. Kaldı ki, taahhüt edeni de böyle bir korumadan mahrum bırakmak için yeterli ve baskın bir temel görünmemektedir. Bununla birlikte yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tuttuğumuz taahhüt ettirenin, aynı zamanda TBK md. 116/2'deki sorumsuzluk anlaşması imkanından yararlanabileceğini de belirtmek gerekir⁶⁰⁷.

Ancak konuyla ilgili soru, yukarıdaki ele alınanlarla sınırlı kalmamalıdır. Burada ikinci olarak aralarında sözleşme ilişkisi olmayan kişiler olan taahhüt eden ve lehdar arasındaki durum da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında ele alınmalıdır. İlk olarak, lehdarın kiralananı getirdiği kişilerin veya kiralananı usulsüzce kiraya verdiği başka kişilerin fiillerinden dolayı, yine taahhüt ettirenin sorumlu olacağını söyleyebiliriz⁶⁰⁸. Peki, kiralananı alt kiraya veren lehdarın veya kiralananı lehdarın izniyle giren kişilerin verdiği zararlardan sorumluluğu da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilerek, lehdar sorumlu tutulabilecek midir? Gerçekten bazı hallerde (ki özellikle lehdar ekonomik olarak taahhüt ettirenden daha iyi durumda ise) taahhüt eden, lehdarın sorumluluğuna gidebilmek isteyebilecektir.

Soru karşısında teorik olarak ilk aklımıza gelen, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta taraflar arasında bir borç ilişkisi söz konusu olması gerektiği, ancak burada ise lehdar ile taahhüt eden arasında bir borç ilişkisi söz konusu olmadığıdır⁶⁰⁹. Ancak burada da, ister ifayı talep yetkisi olsun isterse olmasın, ifayı kabul ederek kiralananı kullanan kişiyi, alelade bir fiili kullanan olarak nitelendirmemek gerekir. Burada hiç olmazsa (yukarıda Alman hukukunda kiracının yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunda kullanılan) koruma/gözetme borcu kavramı da ele alınıp,

⁶⁰⁶ İnc. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 439 vd.; Wörlen/Metzler-Müller, **a.g.e.**, Pn. 275 vd.; Öz, **a.g.e.**, md. 129, Pn. 21 vd.

⁶⁰⁷ Ayr. bkz.: B. IV: I/D.

⁶⁰⁸ Zira, alt yardımcıların fiillerinden dolayı (alt yardımcıya gitmek, gerek yasaklanmış, gerekse de yasaklanmamış olsun), esas borçlunun sorumlu olacağını kabul etmekteyiz.

⁶⁰⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 448, Pn. 1293.

lehdarın (her ne kadar kira sözleşmesinin tarafı olmasa da) kira konusu şeyi kullandığı kişilerin verdiği zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulanmak suretiyle sorumlu olmasında bir engel bulunmamalıdır⁶¹⁰. Kaldı ki, aşağıda değineceğimiz üzere, örneğin edim yükünden bağımsız borç ilişkileri, fiili sözleşme teorisi gibi dürüstlük kuralından doğduğu ifade edilen koruyucu kurumların⁶¹¹ ortaya konuluş mantığı da, aynı paralelde, burada lehdarı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutma düşüncemizi desteklemektedir⁶¹². Ayrıca yukarıda, taahhüt ettirenin sorumluluğu bakımından ifade ettiğimiz gibi burada da, taahhüt edeni de böyle bir korumadan mahrum bırakmak için yeterli ve baskın bir temel görünmediğini belirtmek gerekir.

(4). Resmi Sıfata Sahip Bazı Kişilerin Durumu

Yine, kullanma yardımcısı bahsinde akla gelen bir diğer ihtimalde ise Avukat, Noter gibi resmi sıfata sahip kişilerin durumlarıdır⁶¹³.

Örneğin, bir alacaklının, alacağının tahsil edilmesi için bir avukat⁶¹⁴ tuttuğunu farz edelim. Burada avukat, alacaklının sahip olduğu hakların tahsili için hareket etmektedir. Bir noter⁶¹⁵, bir avukat, yanında çalıştırdığı kişilerin müşteri veya müvekkillere verdiği zararlardan dolayı sorumlu olmalıdır⁶¹⁶. Zira avukat ile

⁶¹⁰ Farklı konuda, ancak aynı bakış açısı için ayr. inc. Ergüne, **Zarar**, s. 135 vd.

⁶¹¹ Bkz. B. III: IV/B.

⁶¹² Konuya ilişkin olarak bkz. Ergüne, **Zarar**, s. 135 vd.

⁶¹³ Yetkilendirilmiş ve borçlunun direktifleri doğrultusunda (resmi görevleri kapsamında) hareket eden bir avukatın ve hatta noterin, yardımcı kişi sayılabileceğine dair ayr. bkz. Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 298.

⁶¹⁴ Avukatın sorumluluğu için ayr. bkz. Keller, **a.g.e.**, s. 356 vd., Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 51; Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 29.

⁶¹⁵ Noterlere ilişkin olarak ayr. bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 104; ayr. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 19; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 51; Keller, **a.g.e.**, s. 359; Nart, **a.g.e.**, s. 430 vd.

⁶¹⁶ Rosenthal/Kamnitzer/Bohnenberg, **a.g.e.**, Pn. 841; Warneyer/Bohnenberg, **a.g.e.**, s. 208; ayr. bkz. Zarife Şenocak, “Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1998, s. 31 vd.; Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 109; Westermann, **Erman**, § 278, Pn. 29; Ayrıca avukat ve noterlerin yardımcı kişi olarak değerlendirilebilecek olmalarına ilişkin olarak bkz. Hirsch, **a.g.e.**, Pn. 433; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 298; Noterlerin (fesih bildiriminin, gerekli olmadığı halde noter aracılığıyla gönderilmesi hali gibi) bazı durumlarda yardımcı kişi olarak

müvekkil arasında sözleşmesel bir sorumluluk bağı bulunmaktadır⁶¹⁷. Ancak avukat, bu iş için giriştiği faaliyetlerde (bu haciz de olabilir) borçluya bir zarar vermesi halinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmektedir⁶¹⁸. Örneğin, bir kimse bir borç ilişkisinden doğan alacağın tahsili için vekalet verdiği avukatın veya avukatın görevlendirdiği stajyerin, hacze gittiği fabrikada borçlunun bir malına zarar vermesinden veya alacağı icra daireleri yoluyla değil de bizzat kendi çabasıyla tahsil etmeye çalışırken, borçluya haksız bir fiille verdiği zarardan dolayı alacaklı sorumlu olabilir mi ve burada bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması söz konusu mudur, soruları cevaplanmalıdır.

Teorik olarak, ister haksız fiil olsun, isterse bir sözleşme olsun, ortada bir borç ilişkisi ve bundan doğan bir alacak hakkı olduğu görülmektedir. Alacaklı, alacak hakkına sahip olduğu gibi, elbette usul hukuku bakımından da alacağını dava ve tahsil edebilme hakkına ve araçlarına sahip olmalıdır. Dolayısıyla, bu hakkın kullanılması “teorik” olarak olayımızdaki tanıma (kanunun lafzına) bir şekilde uygun görünmektedir. Fakat tanım lafza uysa da, buradaki durum, maddenin ruhuna, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun Roma hukukundan bu yana ele alınmış olma gayelerine uymamaktadır⁶¹⁹.

Bir kimse herhangi bir kimseyi, alacağını tahsil etmek üzere görevlendirebilmiş olsa idi, belki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun oluşturduğu koruma kalkanını burada da kullanmak düşüncesinde olabilirdik. Ancak bize göre, bir avukatın meslek içerisindeki neredeyse tüm hareketleri özel mevzuat hükümlerince çizildiğinden⁶²⁰, bir kişinin hangi avukatı tercih etmiş olmasının önemi olmamalıdır. Zira “*Lex moneat, priusquam feriat*” şeklindeki kanunun önce uyarıcı, tehdit edici olmasına yönelik özdeyişe paralel

nitelendirilebileceğine yönelik bkz. Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430.

⁶¹⁷ Şenocak, **Avukat**, s. 6 vd.

⁶¹⁸ Warneyer/Bohnenberg, **a.g.e.**, s. 208.

⁶¹⁹ İcra memurlarının, alacaklının yardımcı kişisi sayılmayacağına ilişkin olarak bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 87.

⁶²⁰ Bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu.

olarak⁶²¹, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bize göre bir kimseyi, borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında üçüncü kişi kullanması durumunda, bu kişinin ehil ve sonuç olarak uygun seçilmiş olması konusunda sorumlu tutarak, onu bu sorumlu kalma rizikosu karşısında özenli davranmak konusunda düşünmeye, tedbirli davranmaya ve bu kişinin fiillerinin sonuçlarına kendi kusuru olmasa da katlanmaya hazırlıklı olmaya yönlendirmektedir. Ayrıca, TMK md. 1'den⁶²² yola çıkıldığında, kanunun özünü de göz önünde bulundurmak gerekeceği açıktır⁶²³. Dolayısıyla bir hakkın elde edilmesi konusunda kullanılan üçüncü kişi olarak avukat, kanunun lafzı içerisinde yardımcı kişiymiş gibi düşünülebilir ise de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu bakımından burada bir uyuşma söz konusu değildir⁶²⁴.

Sonuç olarak, eğer seçilen avukat bir zarara sebebiyet vermiş ise⁶²⁵, bu zararın tazmini, bir resmi ruhsat ile uzmanlığı belgelenmiş kişi olan avukat ile zarar gören arasında kalmalıdır⁶²⁶. Dolayısıyla, alacağını talep hakkını, bir avukat aracılığıyla kullanan kişi, bu avukatın veya avukat yardımcılarının (stajyer, takip elemanı, büro elemanı vs.) verdiği zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarınca sorumlu tutulmamalıdır⁶²⁷.

Ayrıca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun buradaki gibi bir somut olayda uygulanması için yeterli temel olmaması bir yana, böyle bir korumanın söz

⁶²¹ Liebs, **a.g.e.**, s. 122.

⁶²² “Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır...”.

⁶²³ Ayr. bkz. Liebs, **a.g.e.**, s. 39: “*Benignus leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*”, yani, kanunlar amaçlarına uygun olarak yorumlanmalıdır.

⁶²⁴ Ayrıca, normun koruma amacına uymama kavramı da, bu noktada ele alınabilecek bir husustur, bkz. Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, Pn. 148 vd.

⁶²⁵ Esasen yardımcı kişi olarak nitelendirilecek bir kişinin, kanunun belirli niteliklere sahip kişiler arasından seçilmesi zorunluluğu nedeniyle seçim özgürlüğünün tam olarak bulunmadığı durumlarda da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir; ki buna katılmaktayız, Schwarze, **a.g.e.**, s. 577, Pn. 52.

⁶²⁶ Bununla birlikte, avukatın müvekkilin yardımcı kişisi sayılabileceğine ilişkin bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 109.

⁶²⁷ Avukatın, kaim kişi (Substitut) kullanması halinde de, buradaki diğer avukatın, yardımcı kişi olarak değerlendirilmeyeceğine, burada daha ziyade “*Stellvertreter*” temsilci ve “*Ersatzmann*” yedek kişi olduğuna ilişkin bkz. Loewenwarter, **a.g.e.**, s. 72.

konusu olması için bir gereklilik de yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki, bir hizmetin ifasına ve hizmeti verenlerin faaliyetlerine ilişkin kuralların kanunlarca ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması veya hizmetin ancak bir izin, ruhsat gibi devlet tarafından verilen bir yeterlilik belgesiyle icra edilebildiği diğer hallerde, böyle bir durumdan söz edemeyeceğiz. Hatta işin izne tabi olması, kanun koyucu tarafından sorumsuzluk anlaşması yapılamama kuralına bağlanmıştır⁶²⁸; ki bu da bize, normal şartlarda böyle bir yetki belgesine sahip kişinin sorumluluğunun, daha katı olarak nazara alındığını göstermektedir. Dolayısıyla, avukatların yardımcı kişi olarak sorumlu olmayacaklarına ilişkin buradaki örnek üzerinden genelleme yapmak mümkün değildir.

(5). Nihai Değerlendirme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kullanma yardımcısı konusunda da (ifa yardımcısı olan yardımcı kişilere ilişkin örnekler kadar olmasa da) verebileceğimiz örnekleri artırabiliriz. Belirttiğimiz kriterler doğrultusunda, borç ilişkisi içerisindeki bir hakkın kullanılması noktasında devreye giren yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğun somut olayda değerlendirilmesi gerektiğini ve yeri geldiğinde (verdiğimiz örneklerde de görüldüğü üzere) benzer olayların da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında kıyasen uygulamaya gereksinim duyacağını tekrarlayabiliriz. Bunun gibi, bazı örneklerde ise kullanma yardımcısı tanım olarak somut olayda ortaya çıkmış da olsa, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilemeyebilir veya gidilmemek gerekir.

Elbette yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun uygulanmasını, bu sorumluluğun gereklilik ve mantığına ilişkin sınırların dışına çıkarmamak da gerekir. Dolayısı ile her ne kadar, bir borç ilişkisi içerisinde, taraflardan birisinin, bir üçüncü kişiyi bu ilişki sahasına yaklaştırılarak diğer tarafa zarar verme imkanı

⁶²⁸ Bkz. TBK md. 116/3: “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Ve TBK md. 115/3: “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”.

doğurduğu çeşitli durumlarda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilecek olsa da, doğrudan bir borcu ifa etmeyen kişilerin bir hakkı kullanma noktasındaki konumları, esas ilişkideki tarafların ana-yan borç ve hakları dikkate alınarak daraltılmalıdır. Bu itibarla örneğin, bir gemiye binen yolculardan herhangi birinin diğer bir yolcuya sözlü saldırıda bulunması, otobüse binen yolculardan birinin diğerinin çantasını alıp kaçması, bir oteldeki müşterilerden birisinin diğerini dövmesi gibi hallerde (elbette özel hükümler bulunabilecek halleri bir kenara bırakacak olursak), işletme sahiplerini yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu tutmamamız gerekecektir.

Bunun gibi, restoran, otel vs. gibi yerlere giren zabıta, polis, icra memuru gibi resmi görevli kişilerin verecekleri zararlar da, elbette yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesiyle işletme sahiplerine isnad edilemeyecektir. Yine bir trende seyahat eden yolculardan birisinin, tren penceresinden attığı cismin yoldan geçen bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi durumunda tren işletmesine isnad edilecek bir durum bulunmamaktadır. Ancak bu noktada eklemek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğacağı birçok olayda veya yardımcı kişi kabul edilemeyecek kişilerin verdikleri zararların değerlendirilmesinde, borçlunun doğrudan kendi sözleşmesel sorumluluğunun ele alınabileceğini de akılda tutmak gerekir. Kaldı ki birçok olayda borçlu, en basitinden, koruma yükümlülüklerini ihlal etmiş olabilecektir. Örneğin havuzda birbirini yaralayan müşterilerin fiillerinden dolayı otel, işletme sahibi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olmayacaksa da, bu yaralanmaların ortaya çıkmasına vesile olan nedenler alınmayan güvenlik önlemlerinden, fazla kişi alınması gibi uyulması gereken sınırlara uyulmamasından kaynaklanmış ise, elbette işletmenin doğrudan sorumluluğuna gidilebilecektir.

Ancak bazı hallerde yukarıdaki verdiğimiz örneklerdeki kişilerin sebep oldukları zararların tazmininin, zarar veren ile zarar gören arasında bırakılması hakkaniyetli sonuçlar elde etmemize engel olabilir. Örneğin, bir gece kulübüne gelen müşterilerden birisinin, işletme sahibini ikna ederek, getirdiği bir aydınlatma cihazını, denemek veya eğlenmek için kullandığını düşünelim. Bu kişi, getirdiği

kuvvetli ışıklandırma cihazını dış alanda kullanılması gerekirken, iç alanda kullanıldığından dolayı, kulüp içerisinde bulunan kişilerden bazılarının gözlerinde kalıcı hasarlar meydana gelmiş olduğunu varsayalım. İşte böyle bir halde, işletme sahibini yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu tutmamız önünde bir engel olmamalıdır. Esasen böyle bir durumda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gitmeye gerek kalmadan, işletme sahibinin doğrudan sorumlu olabileceğini de düşünmek mümkün olacaktır. Yine örneğin bir otobüste, uçakta, verilen içeceği yanındaki kişinin taşınabilir bilgisayarına veya üzerine dökten kişinin davranışlarından dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk söz konusu olmayacak iken; yiyecek içecek arabasını itmek için, uçuş ekibinden birisi tarafından yardım istenen yolcunun yanlış bir hareketinden dolayı, başka bir yolcu üzerine sıcak çay dökülmesi durumunda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğmalıdır.

e. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk - Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

(1). Genel Olarak

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramı altında mutlaka değinmemiz gereken bir başlık ise (OR art. 101 – BGB § 278) TBK md. 116 kapsamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile (OR art. 55⁶²⁹ - BGB § 831⁶³⁰) TBK md. 66 kapsamındaki adam çalıştırmanın⁶³¹ fiillerinden sorumluluktur⁶³².

⁶²⁹ Müller, **Handkommentar**, Art. 55, s. 360 vd.; ayr. inc. Heldrich, **a.g.e.**, s. 55 vd., (BGB § 831, OR art. 55) karşılığı olarak krş. CCI art. 2049: “(Responsabilita' dei padroni e dei committenti).

I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.”, Honsell, **Hilfpersonen**, s. 782; ayr. fransız hukukundaki karşılığının (özellikle yukarıda bahsettiğimiz md. 1384 çevresinde) incelenmesi için bkz. Gayler, **a.g.e.**, s. 25 vd.

⁶³⁰ Ayr. inc. Gayler, **a.g.e.**, s. 29 vd.

⁶³¹ Ayr. kavram olarak bkz. Keller, **a.g.e.**, s. 121.

⁶³² Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 78 vd.; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 4; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1011 vd.; Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 4; Portmann, **a.g.e.**, s. 62; Koller, **101**, s. 152 vd.; Oftinger, **Besonderer Teil**, s. 110 vd.; Büren, **a.g.e.**, s. 399; ayr. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 6 vd.; Schmidt, **Grundlagen**, s. 524; ayr. Brüggeheimer, **Prinzipien des Haftungsrecht**, Baden-Baden, Nomos, 1999, s. 139 vd.: “*Geschäftsleitungshaftung*”; Dieter Medicus/Jens Petersen, **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. bs., Heidelberg, C. F. Müller, 2016, Pn. 892;

Kabaca bu iki sorumluluktan ilki olan TBK md. 66'daki adam çalıştırmanın sorumluluğu sözleşme dışı⁶³³, TBK md. 116'daki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ise sözleşmesel⁶³⁴ sorumluluk üst başlığı altında ayrılmaktadır⁶³⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir olay içerisinde ya TBK md. 66 ya da TBK md. 116 hükümlerinin gerçekleşebileceğini söyleyemeyiz. Diğer bir ifadeyle, somut bir olayda her iki sorumluluğun da şartları gerçekleşebilecektir⁶³⁶; ki bu durumda zarar gören taraf, her iki hükme göre de zararlarının tazmini yoluna gidilebilir denilmektedir⁶³⁷. Başka bir açıdan, her iki sorumluluğun da esasen sorumlu tutulacak olan kişilerin gerçek kusurlarının varlığını aramayan düzenlemelere sahip sebep sorumluluklarını ele aldıkları ifade edilmektedir⁶³⁸.

Genel itibariyle belirtmek gerekirse, TBK md. 66 anlamında sorumluluğun doğabilmesi için, olumlu ve olumsuz iki temel şartın gerçekleşmesi gerektiği ifade

Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 212, Pn. 39 vd.; Jacoby/Hinden/Kropholler, **StudienKommentar**, § 278, Pn. 2; Musielak, **a.g.e.**, Pn. 852; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 289, Pn. 101.

⁶³³ “*ausservertragliche*”; inc. Gayler, **a.g.e.**, s. 17 vd.; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 69; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 289, Pn. 101; Granitza, **a.g.e.**, s. 16; Fundel, **a.g.e.**, s. 27; Zirlick, **a.g.e.**, s. 175.

⁶³⁴ “*vertragliche*”.

⁶³⁵ Oftinger, **Besonderer Teil**, s. 110 vd.; Brieskorn, **a.g.e.**, s. 162; ayr. Schäfer, **Gelegenheitsdelikte**, s. 422; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 69; Göksu, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 1; Fundel, **a.g.e.**, s. 27; Zirlick, **a.g.e.**, s. 175; BGE 98 II 288; Ayrıca, Roma hukukunun ilk dönemlerinde, yardımcı kişilerin fiilleri ile verdikleri zararların (sözleşme içerisinde olsalar dahi) haksız fiillerden sorumluluk kapsamında değerlendirilebildiği, “Eğer ben size bir evi kiraya verirsem ve kölelerim herhangi bir zararınıza sebep olur ya da bir hırsızlık yaparlarsa, ben size kira sözleşmesinden dolayı sorumlu olmam, ancak bir noxal dava ile sorumlu olurum.” şeklindeki, D. 19, 2, 45 (Paulus’un Edictum’unun yirmi ikinci kitabından) gelen bir metinden de anlaşılmaktadır (çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D19_Scott.htm#II, szt. 29.11.2017; bkz.: Güven, **a.g.e.**, s. 61 vd.: “D. 19, 2, 45 pr. (Paulus libro vicesimo secundo ad edictum): Si donum tibi locavero et servi mei tibi damnum dederint vel furtum fecerint, non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione”); Günümüzde ise, bahsi geçen duruma benzer bir örneğin yaşanması halinde, sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Ancak bazı durumlarda, alacaklı yalnızca borçluyu sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutmak zorunda değildir. Buna göre o, şartları gerçekleşmesi halinde, haksız fiil hükümlerinden de yararlanarak, bizzat kendi davranışları ile zarar vermiş olana karşı da zararlarının tazmini talebini ileri sürebilecektir, Wien, **a.g.e.**, s. 117 vd.; ayr. BGB § 831 için bkz. Larenz/Canaris, **Besonderer Teil**, s. 474 vd.

⁶³⁶ Auer, **a.g.e.**, s. 20 vd.; Çelik, **a.g.e.**, s. 60.

⁶³⁷ Koller, **101**, s. 152; Çelik, **a.g.e.**, s. 60.

⁶³⁸ Büren, **a.g.e.**, s. 394; Koller, **101**, s. 11, s. 155; Şenocak, **Yardımcı**, s. 139; ayr. (OR 55) için Gayler, **a.g.e.**, s. 19 vd.; Çelik, **a.g.e.**, s. 53.

edilmektedir. Bunlar ise, bir yardımcının fiili ile haksız bir zarar verilmesi⁶³⁹ ve kurtuluş kanıtı getirilememiş⁶⁴⁰ olmasıdır⁶⁴¹. Diğer taraftan adam çalıştırmanın sorumluluğunun, adam çalıştırmanın objektif özen yükümüne aykırı davranışına dayanan bir karine neticesinde gündeme geldiği ve bu yapısı itibariyle bir özen sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir⁶⁴². Dolayısıyla adam çalıştırmanın

⁶³⁹ “Widerrechtliche Schädigung durch eine Hilfsperson”.

⁶⁴⁰ “Misslingen des Befreiungsbeweis”.

⁶⁴¹ Koller, 101, s. 154 vd.; Wien, a.g.e., s. 119; İpek Sağlam, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3 - 4 Haziran 2011, s. 164; Becker, Obligationenrecht, Art. 55, Pn. 9 vd.; ayr. Schwenzer, a.g.e., Pn. 23.13 vd.; Weber-Häusermann, a.g.e., s. 7 vd.; ayr. bkz. YHGK, 14.03.2012 T, 2011/4-824 E., 2012/134 K.: “...Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada benimsenen görüşe göre, Borçlar Kanunu madde 55'te düzenlenen iş gördürenlerin sorumluluğu, bir kusur karinesine dayanmamaktadır. İsviçre Hukuku gibi Türk Hukukunda da kabul edilen hal tarzına göre, burada ne istihdam edenin ve ne de müstahdemin kusuru aranmamaktadır. Sorumluluk her ikisinin kusurundan bağımsız olarak teessüs etmektedir. Bunun için istihdam edenin sorumluluğu, bir "Sebepl Sorumluluğu" olarak kabul edilmektedir

Nitekim 27.03.1957 gün ve 1/3 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararının 4.paragrafında da belirtildiği gibi, Kanun'un 55.maddesinin istihdam edene verdiği kurtuluş beyyinesi imkânı, kusursuzluğun ispatı değildir. Nitekim tedbir alınmasının örneğin, adam kullananın ani bir akıl hastalığına veya ani bir kazaya uğrama durumları mücbir sebep niteliğinde olduklarından, tedbir alınmamasının sonuçlarından dolayı onun hiçbir şekilde sorumlu tutulmaması gerekirdi.

Oysa durum böyle değildir.

Sorumluluktan kurtulma nedenlerinin yasaya konuluşu ile güdülen tek amaç, iş sahiplerini sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirleri almaya teşvik etmek, sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir; yoksa yasa metnine kusur unsurunu sokma düşüncesi değildir. O halde özetlenecek olursa, kusur ögesi hariç haksız eylemin diğer üç unsuru bir zararlandırıcı olayda birleşince adam kullanan sorumlu tutulacaktır...” (KİB).

⁶⁴² Bkz. Sağlam, a.g.e., s. 169: “Adam çalıştırmanın sorumluluğu bir özen sorumluluğu örneğidir ve adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle zararın meydana geldiğine ilişkin bir karineyi düzenler. Ancak bu karineyi çürütmek yolu ile sorumluluktan kurtulmak mümkündür ve karineyi çürütmek için uğraşacak olan kişi de adam çalıştırandır.”; Yarg. 3. HD., 14.01.2013 T., 2012/23133 E., 2013/3 K.: “...B.K.nun 55. maddesi hükmü gereğince adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zararlar çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir.

Bu koşulların varlığı halinde çalıştırmanın kendisine yükletilmiş olan özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmediği ve zararın bu yüzden meydana geldiği kabul edilmektedir. Bu sorumluluk karinesinin çürütülebilmesi için yasa koyucu adam çalıştırıcılar için kurtuluş beyyinesi hakkını tanımıştır.

Adam çalıştırıcı, çalışanın seçiminde, talimat vermede ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulur. Bir başka ifadeyle çalıştırıcının sorumlu tutulabilmesi için zarar verici eylemle çalıştırıcının görülen işi arasında fonksiyonel bağlılık bulunması yeterlidir...” (KİB); Adam çalıştırıcının sorumluluğunun ve organizasyon sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin olarak inc. Ünlütepe, **Organizasyon**, s. 135 vd.; Aynı şekilde, organizasyon sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Mustafa Ünlütepe, “Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) Ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkisinin Değerlendirilmesi”, **Erciyes Üniversitesi**

sorumluluğuna gidebilmek için, zararı veren kişinin kullanılmasının adam çalıştıran bakımından bir kusurun ortaya konulmasını beraberinde getirmesi şartı aranmayacaktır, ki bu vesileyle kusursuz bir sorumluluk kavramından bahsedebilmekteyiz⁶⁴³. Ancak TBK md. 116 düzenlemesinin ise farklı olarak, bir kusursuz sebep sorumluluğunu ele almadığı da belirtilmektedir⁶⁴⁴.

(2). Özellikle Farklılıklar Bakımından Karşılaştırma

TBK md. 66⁶⁴⁵ ve 116’da geçen bu sorumluluk kavramları benzerlikleriyle olduğu kadar, farklılıkları ile de karşılaştırma konusu edilebilirler. Burada iki kurumun karşılaştırmasını ayrı ayrı şu şekilde yapabiliriz:

66 ve 116. maddelerde düzenlenmiş bu iki sorumluluk hükmüne ilişkin belirtebileceğimiz ilk farklılık, düzenlemelerin sistematik yerine ilişkindir. İncelendiğinde, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin madde “Borç İlişkisinin Kaynakları” bölümünün “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” ayrımı altında düzenlenmişken; yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin madde 116 ise “Borç İlişkisinin Hükümleri” bölümünün “Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları” ayrımı altında düzenlenmektedir. Dolayısıyla, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin sorumluluğun sözleşme dışı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun ise özellikle sözleşmesel sorumlulukta uygulanacağını ifade edebiliriz⁶⁴⁶. Buradaki sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluktan kasıt ise adam çalıştıran veya yardımcı kişi kullanan ile zarara uğrayan kişi arasındaki ilişkidir. Yoksa, zarara bizzat sebebiyet veren kişi ile zarara uğrayan kişi arasındaki tazmin ilişkisi ayrıdır ve yeri

Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 2, 2017, s. 6 vd.

⁶⁴³ Sağlam, **a.g.e.**, s. 163; Keller, **a.g.e.**, s. 119; Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 1; inc. Gayler, **a.g.e.**, s. 19 vd.; Honsell, **Hilfpersonen**, s. 785; Tandoğan, **Sorumluluk**, s. 14.

⁶⁴⁴ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 4; bkz. Karl Oftinger, **Schweizerisches Haftpflichtrecht: Allgemeiner Teil**, C. 1, 2. bs., Zürich, Polygraphischer Verlag, 1958, s. 14 vd.; Antalya, **Borçlar**, s. 305; Göksu, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 3; Grieder, **a.g.e.**, s. 89; Kusursuz sorumluluk olarak bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 1.

⁶⁴⁵ TBK md. 66 anlamında sorumluluk “Yalın Objektif Sorumluluklar” üst başlığı altında da incelenebilmektedir, bkz. Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 66.

⁶⁴⁶ Müller, **Handkommentar**, Art. 55, Pn. 1; Schellhammer, **a.g.e.**, Pn. 1063; Çelik, **a.g.e.**, s. 54 vd.

geldiğinde incelenecektir⁶⁴⁷.

Diğer bir önemli ayrım ise, yardımda bulunan kişilerin kime bağlı olduğuna ilişkindir. Buna göre, adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalıştırılanın fiillerinden sorumlu olabilmek için, ortada bir tabiiyet ilişkisi⁶⁴⁸, bir bağıllık⁶⁴⁹ mevcut olmalıdır⁶⁵⁰. Bu bağıllık ilişkisi ise esas anlamda, talimat verebilme ve talimatlara uyma zorunluluğundan kaynaklanacaktır⁶⁵¹. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından ise bağımlılık unsurunun yine çoğu olayda mevcut olacağını, ancak bunun sorumluluğun bir şartı olarak değerlendirilmeyeceğini ifade etmek gerekir⁶⁵². Yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta alt yardımcılardan dolayı da sorumluluğun doğabileceğine yönelik ifadelerimizin aksine, alt yüklenicilerin fiillerinden dolayı ise (adam çalıştırmanın sorumluluğundaki tabiiyet ilişkisi şartı nedeniyle) adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁵³. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta ise bağımlılık unsuru aranmadığı gibi, ifaya katılan kişilerin borçlunun talimatlarını takip ediyor olması da gerekmez⁶⁵⁴.

En önemli farklılıklardan birisi ise zarar verilen kişi ile yardımcı kişi kullanan taraf arasındaki ilişkidir. Şöyle ki, adam çalıştırmanın sorumluluğunda zarar verilen kişi ile adam çalıştırın arasında herhangi bir borç ilişkisinin söz konusu olması

⁶⁴⁷ Bkz. B. III: III ve III/B.

⁶⁴⁸ “*Unterordnungsverhältnis*”, Tschudi, **a.g.e.**, s. 11.

⁶⁴⁹ “*Subordination*”.

⁶⁵⁰ Becker, **Obligationenrecht**, Art. 55, Pn. 3; Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 7; Koller, **101**, s. 152; Wien, **a.g.e.**, s. 117; Ünlütepe, **Organizasyon**, s. 194; Sağlam, **a.g.e.**, s. 163; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 75; Dieter Leipold, **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**, 8. bs., Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 97, Pn. 19; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 2030; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.15 vd.; Kemal Tahir Gürsoy, “Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 31, S. 1, 1951, s. 181; BGE 70 II 220.

⁶⁵¹ M. Tufan Ögüz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir-Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar İle Görülen İş Arasında İşlevsel Bağıllık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 838; Şenocak, **Yardımcı**, s. 137; inc. Ünlütepe, **Organizasyon**, s. 75.

⁶⁵² Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 75; Becker, **Obligationenrecht**, Art. 101, Pn. 9; Mennemeyer, **a.g.e.**, s. 55; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 3; BGE 70 II 220.

⁶⁵³ Wien, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁵⁴ Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/27.

aranmayacaktır⁶⁵⁵. Diğer bir ifade ile zarar gören, borçlu ile aralarında borç ilişkisi olan bir alacaklı olabileceği gibi, herhangi bir üçüncü kişi de olabilecektir. Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün uygulanabilmesi için ise yardımcı kişi kullanan borçlu ile zarar gören alacaklı arasında (sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, veya diğer ihtimallerden birinden doğan) bir borç ilişkisinin varlığı şarttır⁶⁵⁶.

Örneğin, bir tesisatçının yetenekli bir kalfasını bir evdeki muslukları tamir etmesi için gönderdiği bir olayda, bu tesisatçının muslukları sızdırmaz hale getirememesi neticesinde sıcak suyun fişkırması ve ortaya çıkan zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulanabilecektir⁶⁵⁷. Ancak aynı kalfanın, dönüş yolunda bir kadını ezmesi halinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun değil, adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanacağını belirtebiliriz⁶⁵⁸.

Bu noktada, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarının gerçekleşmiş olması, adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilmesi ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır⁶⁵⁹. Aksine, zarar gören şartları olgunlaşması halinde iki hükme göre de zararının karşılanmasını talep edebilecektir; ki haksız fiil sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk hükümlerden nispeten daha elverişsiz olması da zarar görenin bu seçim imkanını elinde almaya geçerli sebep teşkil etmez⁶⁶⁰. Buradaki durum elbette “*kümülatif*” değil, taleplerin “*alternatif*” yarışmadır⁶⁶¹. Diğer bir ifade ile, aynı zarar için iki kez giderim söz konusu olmayacaktır⁶⁶². Ancak tabiidir ki, bu noktada ifade ettiğimiz hususların teorik çerçeveden sıyrılıp pratikte karşımıza çıkma

⁶⁵⁵ Wien, **a.g.e.**, s. 117; Keller, **a.g.e.**, s. 120; Vito Roberto, **Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers (insbesondere für Schädigungen Dritter)**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003, s. 29.

⁶⁵⁶ Keller, **a.g.e.**, s. 120; Roberto, **Arbeitnehmers**, s. 29; Wien, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁵⁷ Büren, **a.g.e.**, s. 399.

⁶⁵⁸ Büren, **a.g.e.**, s. 399.

⁶⁵⁹ Göksu, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 1; Çelik, **a.g.e.**, s. 60; ayr. bkz. Karahasan, **Sözleşme**, s. 68 vd.

⁶⁶⁰ Serozan, **C. III**, s. 296.

⁶⁶¹ Serozan, **C. III**, s. 296.

⁶⁶² Hatemi, **C. II**, s. 12, Pn. 19; Taleplerden birinin amaca ulaşmış ve giderimin sağlanmış olması, diğerinin ortadan kalkmasına neden olacaktır, Karahasan, **Sözleşme**, s. 71.

ihtimali nispeten düşük olacaktır.

Diğer taraftan, iki kurumda da yardımcı şahsa başvuran kişinin sorumluluktan kurtulabilme imkanı farklı şekillerde düzenlenmiştir⁶⁶³. Adam çalıştıran, md. 66/2'deki “*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*” ifadesi dolayısıyla, çalıştırdığı kişilerin fiillerinden sorumluluğu ortadan kaldırmak için, çalışanın seçiminde, talimatlandırılmasında, gözetim ve denetiminde işin gerektirdiği makul özeni gösterdiğini ispat etmek zorunda kalacaktır⁶⁶⁴. Sorumluluğa ilişkin bu maddenin üçüncü fıkrasında ise “*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmü düzenlenmektedir⁶⁶⁵. Bu durumda, zararların işletme faaliyeti kapsamında

⁶⁶³ Keller, **a.g.e.**, s. 120; Hatemi, **a.g.e.**, s. 267; Wien, **a.g.e.**, s. 117; BGE 70 II 221.

⁶⁶⁴ Becker, **Obligationenrecht**, Art. 55, Pn. 10 vd.; Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 16 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 350; Ünlütepe, **Organizasyon**, s. 195; Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 60; Yarg. 19. HD 28.12.1993 T., 1993/8957 E., 1993/9031 K.: “...BY.nın 55. maddesinde anlamını bulan adam çalıştıranın, çalıştırdığı işçilerin eyleminden sorumlu tutulması ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin bu işin yerine getirilmesinden meydana gelecek zarar tehlikesini üzerine alması, esasına dayanır. Adam çalıştıran; işçilerin seçiminde, çalışırken başkalarına zarar vermemesi için denetimde, işin örgütlenmesinde, esaslı ve doğru kuralların konulmasında, sürekli gözetim altında tutulmasında gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yardımcısının verdiği zarardan sorumludur:

Somut olay, yanların çalıştırdıkları adamların Ceza Mahkemesinde, bu davaya esas olan olay nedeniyle hüküm giymiş bulunmaları, kullandıkları adamların kendilerine verilen işi yapması dolayısıyla olaya yol açtığını göstermektedir. Böylece zararlandırıcı eylemle hizmet arasında erek ve görev yönünden sıkı bir bağ olduğu, görülen işin adam kullananın buyruğu ve gözetimi altında yapılmış olması, olayda BY.nın 55. maddesi uygulanmasını gerektirmektedir. Davacı böyle bir zararın vukuu bulmaması için seçmede, buyurmada, gözetim ve denetlemede gerekli özeni göstermiş olsa bile zararın oluşmasına engel olunamayacağını kanıtlamakla yükümlüdür...” (KİB).

⁶⁶⁵ Bu husus ise doktrinde “*organizasyon sorumluluğu*” olarak ifade edilmektedir. bkz.: Sabah Altay, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3)”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011, s. 176 ve dn. 6; ayr. bkz. Bergmann/Wever, **a.g.e.**, s. 59 vd.; Weber, **Personenrecht**, s. 188; Peter W. Heermann, **Haftung im Sport**, Richard Boorberg Verlag, 2008, Pn. 118 vd.; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 116 vd.; Ahmet Türkmen, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXX, S.

gerçekleştiği hallerde, iş sahibinin yalnızca çalışanları seçmede, onlara talimat vermede, onları gözetim ve denetimde özen gösterdiğini ispatlaması yetmeyecek, aynı zamanda işletme çalışma düzeninin de esasen zararın doğmasına engelleyecek şekilde oluşturulduğunu kanıtlaması gerekecektir⁶⁶⁶. Bahsi geçen son fıkra hükmü⁶⁶⁷ dolayısıyla, işletmeler açısından, kusursuz sorumluluğun uygulama alanının genişletilmiş ve kusur sorumluluğu karşısında daha güçlü bir şekilde kabul edilmiş olduğu da belirtilmektedir⁶⁶⁸. Ayrıca, organizasyon sorumluluğuna ilişkin bu hükmün, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumundan farklı olarak, başkasının davranışlarından sorumlu olmayı değil, sorumlu olacak kişinin bizzat kendi yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden fiillerinden sorumluluğunu düzenlediği de ifade edilmektedir⁶⁶⁹.

Dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumluluğu ele alınırken, seçim⁶⁷⁰, talimat⁶⁷¹,

2, 2012, s. 257.

⁶⁶⁶ Bkz.: Koller, **101**, s. 155; Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 21; Altay, **a.g.e.**, s. 176; Maximilian G. Broglie, **Arzthaftungsrecht: Grundlagen und Praxis**, 5. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2014, Pn. 777 vd.; Türkmen, **Organizasyon**, s. 257 vd.; bkz. Heldrich, **a.g.e.**, s. 55 vd.: Benzer şekilde, İtalyan Medeni Kanunu md. 2048'e göre de, veli, vasi, öğretmen gibi kişiler, sorumluluğundaki kişilerin fiillerinden sorumluluktan kurtulmak için, durumu önleyemeyeceklerini ortaya koymaları gerekecektir., "Art. 2048. (*Responsabilita' dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*).

Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilita' soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto."

⁶⁶⁷ Ve TBK md. 71'deki tehlike sorumluluğuna dair maddeye ilişkin olarak.

⁶⁶⁸ Ünlütepe, **Tehlike**, s. 31; inc. Ünlütepe, **Organizasyon**, s. 195.

⁶⁶⁹ Ünlütepe, **Organizasyon**, s. 183; ayrıca, adam çalıştırmanın sorumluluğunun temel olarak, esasen başkasının fiilinden sorumluluk mu, yoksa kişinin bizzat kendi fiilinden sorumluluk mu olduğu yönündeki farklı görüşlerin incelenmesi için bkz. **a.e.**, s. 170 vd.

⁶⁷⁰ "cura in eligendo/Sorgfalt in der Auswahl"; Schnyder, **a.g.e.**, Art. 55, Pn. 13; Oftinger, **Besonderer Teil**, s. 159 vd.; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.23; Müller, **Handkommentar**, Art. 55, Pn. 20; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 2036; Luggauer, **a.g.e.**, s. 60; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 76; Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, C. 1, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2002, s. 389; Tandoğan, **Sorumluluk**, s. 67.

⁶⁷¹ "cura in instruendo/Sorgfalt in der Unterweisung"; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 2037; Oftinger, **Besonderer Teil**, s. 161; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.23; Müller, **Handkommentar**, Art. 55, Pn. 21;

denetim⁶⁷² yanı sıra, doğru araçların seçimi⁶⁷³ ve güvenilir bir organizasyon bakımından dikkat ve özenin gösterilmesi⁶⁷⁴ önem arz edecektir⁶⁷⁵. Örneğin, bu son ihtimalde, adam çalıştırmanın o iş için en uzman personeli, en uygun iş kuralları altında istihdam etmesine rağmen, eğer çalışanların kullanacağı malzemeler, çalışma periyotları ve koşulları uygun değilse, kısacası işletme (hem fiziksel hem de düzen anlamında) koşulları, çalışanın seçim, talimat ve denetimindeki özeni anlamsız kılacak bir hal içerisinde ise, adam çalıştırıcı ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumlu kabul edilecektir⁶⁷⁶. Bir çalışanın uzun süreler boyunca çalıştırılması, uykusuz veya

Schnyder, **a.g.e.**, Art. 55, Pn. 14; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 76; Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 390; Tandoğan, **Sorumluluk**, s. 168.

⁶⁷² “cura in custodiendo/Sorgfalt in der Überwachung”; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 76; Müller, **Handkommentar**, Art. 55, Pn. 22; Schnyder, **a.g.e.**, Art. 55, Pn. 15; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.23; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 2038; Oftinger, **Besonderer Teil**, s. 161 vd.; Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 390; Tandoğan, **Sorumluluk**, s. 68; Luggauer, **a.g.e.**, s. 60: *Cura in inspiciendo*.

⁶⁷³ “ausrüstung mit richtigen Werkzeug”; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.24; Tandoğan, **Sorumluluk**, s. 69 vd.

⁶⁷⁴ “zuverlässige Organisation des Betriebs”; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.25; Müller, **Handkommentar**, Art. 55, Pn. 23; Schnyder, **a.g.e.**, Art. 55, Pn. 16; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 2035; Tandoğan, **Sorumluluk**, s. 69 vd.

⁶⁷⁵ Oftinger, **Besonderer Teil**, s. 112 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 2035 vd.; Keller, **a.g.e.**, s. 123; Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 16 vd.; Musielak, **a.g.e.**, Pn. 874; Peifer, **a.g.e.**, § 4, Pn. 4; ayr. BGE 53 II 240.

⁶⁷⁶ Ayr. bkz. YHGK, 21.10.2009 T., 2009/13-393 E., 2009/452 K.: “...Hastane işleticisinin “hastane bakımı” kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin (T.M.K. m. 2) zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır. Aksi takdirde, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi; kan grubu tespitinde hata yapılması; cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin bozuk olması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; ruh hastasının kontrol edilmemesi nedeniyle intiharı; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması; bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması; yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet verilmesi gibi hallerde hastane işleticisi, oluşan zararı tazmin etmek zorundadır. Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerini, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur (Hakeri, Hakan: Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları 2009, 2. Baskı, s. 166; Hatırmaz Erol, Gültezen Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınevi 2. Baskı, Ankara 2009, s. 58-59).

Hasta, hastaneye kabul edilmekle hastane yetkililerinin himayesine girmiş olur ve o haklı olarak kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve bakım hizmetinin verilmesini ister. Hastane işletmecisinin “organizasyon yükümlülüğü” aslında onun hastanın şahsına göstermekle yükümlü olduğu özen borcunun bir görünüm tarzından ibarettir (Mario, Devermann: Organisationsverschulden im klinischen Bereich, Dissertation Osnabrück 2003, sayfa 1. Aktaran; Akkanat, Halil: Hastaneye

yorgun olarak kullanılması durumunu bu husus bakımından örnek verebiliriz⁶⁷⁷.

Sorumluluktan kurtulma bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü ise farklı bir yol izlemektedir⁶⁷⁸. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak, yardımcı kişi kullanan kişinin sorumluluktan kurtulabilmesi için, varsayımsal olarak, yardımcı kişi yerinde kendisi olması ve zararı veren davranışı kendisi göstermesine rağmen sorumlu olamayacağını ispat etmesi gerekecektir⁶⁷⁹. Ancak TBK md. 66'daki gibi bir kurtuluş kanıtının burada söz konusu olmadığını yinelemek gerekir⁶⁸⁰.

Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 32).

Hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane bakım hizmetleri açısından sadece hastane işletmesini sorumlu tutabilmektedir (Akkanat, Halil: Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 32)..." (KİB).

⁶⁷⁷ Tandoğan, **Sorumluluk**, s. 70.

⁶⁷⁸ Belirtmek gerekir ki, her ne kadar sözleşme ilişkisi içerisinde alacaklıya verilen bir zarar olsa da, Roma hukuku döneminde, zarara sebebiyet veren yardımcı kişiyi kullanan borçlunun, bu kişinin seçiminde özenli davranıldığını ispat ederek, sorumluluktan kurtulma imkanı bulunduğu kabul edilebildiği, D. 13, 6, 20 (Iulianus'un Urseis Ferox üzerine Üçüncü kitabından): "*Eğer senin tarafından ödünç alınmış bir gümüşü sana teslim etmesi için kölelerimden birine verirsem, ki o kötü insanlar tarafından zorlanacağı (aldatılacağı) düşünülemeyecek kadar güvenilir, ve böyle kişiler gümüşün mülkiyetini sahiplenmişlerse, zarar (kayıp) benim olmayacaktır.*" şeklinde tercüme edebileceğimiz metinden de anlaşılmaktadır. Bu örnekte, günümüz anlamında sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluklarını temel alan TBK md. 66 ve TBK md. 116 hükümlerinin, karma bir yapıda ele alındığı görülmektedir. Çalışmamız içerisinde görülebilir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve sorumsuzluk şartları değerlendirilirken, tıpkı buradaki Roma hukuku örneğinde olduğu gibi, her iki sorumluluğun şartlarından yararlanılabilmektedir, Bahsi geçen metin için ayr. bkz. Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D13_Scott.htm#VI, szt. 29.11.2017; bkz.: Güven, **a.g.e.**, s. 121 vd.: "*D. 13, 6, 20 (Iulianus libro tertio ad Urseim Forecem): Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.*", çvr. <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest13.shtml>, szt. 10.07.2017.

⁶⁷⁹ Bucher, **a.g.e.**, s. 351; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 70; Nomer, **Genel**, s. 312, Pn. 180.

⁶⁸⁰ Fundel, **a.g.e.**, s. 27; Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 126; Keller, **a.g.e.**, s. 120; Tuhr/Siegmart, **a.g.e.**, s. 563; ayr. bkz. Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 9; Ancak bazı Yargıtay kararlarında, özellikle kurtuluş kanıtına ilişkin ifade, kavram ve kanun maddeleri birbirine karıştırılabilmektedir. İnc. Yarg. 3. HD., 14.01.2013 T., 2012/23133 E., 2013/3 K.: "*...Ayrıca davalı, adam çalıştırma sıfatı ile de sorumludur. Bilindiği gibi adam çalıştırmanın sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlüğü, bir gözetim Ödevi yüklenmiştir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız olarak doğmaktadır. Sorumluluğun doğması için objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana*

Bazı hallerde ise yukarıda belirtildiği gibi hem adam çalıştırmanın sorumluluğu hem de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri aynı olay içerisinde değerlendirilebilmektedir. Örneğin, özel bir hastanede tedavi olmaya gelen bir hastanın, doktor ve hemşirelerin hatalı uygulamaları neticesinde uğradığı zararlar, hem TBK md. 66 anlamında adam çalıştırmanın sorumluluğu, hem de TBK md. 116 anlamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilebilecektir⁶⁸¹. Ayrıca hakim doktrin görüşü çerçevesinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü taşıyan TBK md. 116 ile adam çalıştırmanın sorumluluğunu kaleme alan TBK md. 66 hükümlerinin yarışma içinde oldukları kabul edilmektedir⁶⁸².

Sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil temeline dayanan sorumluluk kavramlarının aynı somut olay içerisinde gerçekleşmesi hususuna çok sayıda örnek vermek mümkündür. Bir otomobilin tamir için bırakıldığı atölyedeki çıraklardan birisinin, aracı kötü tamir etmesi ve başka zararlara sebebiyet vermesi; kiracının veya onunla birlikte oturanların kiralanan zarara vermeleri; saklama sözleşmesi uyarınca şeyi saklamak borcu altında olanın veya yardımcılarının saklama konusu şeyi hasara uğratmaları; bir restoran sahibi veya herhangi bir franchise alanın müşterilerine bozulmuş malzemelerden yaptığı yemekleri servis etmesi gibi durumlar

gelen zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir. Adam çalıştırarak, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş olmasını arayacaktır (Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Prof. Fikret Eren, Cilt; 2-4 bası, sh.160). (HGK. 15.6.1994 gün ve 11-178 K.). Davalının bu en basit tedbirlere başvurmaması objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir. Davalı, adam çalıştırarak sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icap etmesi gerekecektir.

Toplanan delillere göre de, davalının çalıştırdığı kişinin eylemini engelleyeceği yolunda yukarıda açıklanan tedbirleri almadığı açıktır. O halde, davalının B.K.nun 100. maddesi doğrultusunda bir kurtuluş kanıtı ve delili getirmemiştir...” (KİB).

⁶⁸¹ Nomer, **Genel**, s. 375, Pn. 202; Bir özel hastane, doktor gibi personellerinin hastalara verecekleri zararlardan dolayı sorumlu olabileceği gibi, bağımsız çalışan bir doktor da, hemşire gibi yanında çalışan bir kişinin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olabilecektir., Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 76, Kurşat, **a.g.e.**, s. 303; Broglie, **a.g.e.**, Pn. 765; “Serbest hekimin sözleşme ile üstlendiği aslî edim yükümünün konusu, hastalığın zamanında ve doğru teşhisini koymak; teşhis edilen bu hastalık için en uygun tedavi yöntemini seçip, uygulamaktır.” Demir, **Hekim**, s. 239.

⁶⁸² Koller, **101**, s. 152; bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 337.

bahsettiğimiz konuya örnek gösterilebilir niteliktedir⁶⁸³. Bu gibi durumlarda zarar gören, zararının tazminini istediği hukuki ihlal olgusuna dayandırarak talep edebilecektir⁶⁸⁴.

(3). Değerlendirme

Belirtmek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa dayanılması, adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanılmasına nazaran, zarar gören bakımından daha elverişli olacaktır⁶⁸⁵. Öncelikle, sorumluluğun ispatı bakımından zarar görenin TBK md. 116'ya dayanması daha elverişlidir⁶⁸⁶. Zira haksız fiil sorumluluğunda zarar verenin kusurunu ispat yükü kural olarak zarar görene aitken, borca aykırılıktan doğan zararlarda kusursuzluğunu ispat etmesi gereken taraf zarar verendir⁶⁸⁷.

İkinci olarak, adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırıcı, kanunda sayılan kurtuluş kanıtlarını yerine getirerek sorumluluktan kurtulabilirken, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta böyle bir imkanın düzenlenmediğini belirtmek gerekir⁶⁸⁸. Bu noktada yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun adam çalıştırıcının sorumluluğuna nazaran daha katı bir düzenleme olduğu⁶⁸⁹, adam çalıştırıcının nitelikli ve tecrübeli bir çalışan seçerek gerekli özeni gösterdiği durumlarda adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu olmayabileceği, ancak yine de yardımcı kişilerin fiillerinden

⁶⁸³ Örnekler için ayr. bkz. Karahasan, **Sözleşme**, s. 68 vd.

⁶⁸⁴ Karahasan, **Sözleşme**, s. 71.

⁶⁸⁵ Wien, **a.g.e.**, s. 117; Zeres, **a.g.e.**, s. 150; Frank Walter Schmitz, **Die Deliktische Haftung für Arbeitnehmer**, Schriften zum Bürgerlichen Recht, C. 169, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, s. 92; Çelik, **a.g.e.**, s. 61.

⁶⁸⁶ Schmitz, **a.g.e.**, s. 92.

⁶⁸⁷ İnc. Schmidt, **Allgemeiner Teil**, s. 536; Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, adam çalıştırıcının sorumluluğundan daha ağır düzenlemeye sahip olduğu yönünde bkz. Honsell, **Hilfspersonen**, s. 786; Karahasan, **Sözleşme**, s. 64.

⁶⁸⁸ Keller, **a.g.e.**, s. 120; Tuhr/Siegmart, **a.g.e.**, s. 563; Wien, **a.g.e.**, s. 117-119; Klunzinger, **a.g.e.**, s. 305.

⁶⁸⁹ Willfried Bickenbach, **Haftung für Culpa in Contrahendo des Vertreters nach BGB**, Diss., Emsdetten, Heinrich & Lechte, 1934, s. 13.

sorumluluk anlamında sorumlu olabileceği hatırlatılmaktadır⁶⁹⁰.

Son olarak, borca aykırılıktan doğan sorumluluğun zamanaşımı bakımından da, haksız fiil sorumluluğundan farklı düzenlendiğini⁶⁹¹ ve daha elverişli olduğunu belirtmemiz gerekir. Esasen üst süre bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak haksız fiil sorumluluğu için, öğrenmeye bağlı kısa sürenin bulunması daha elverişsiz bir imkan tanımaktadır. Şöyle ki, haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresi (zararı ve zararı tazmin yükümlüsünü) öğrenme tarihinden itibaren iki yıl ve her halükarda on yıl iken⁶⁹²; borca aykırılıktan dolayı sorumlulukta ise bu süre, doğrudan on yıldır⁶⁹³. Dolayısıyla borca aykırılık hükümleri daha elverişli bir imkan sağlamaktadır⁶⁹⁴. Ancak somut olayda, daha uzun zamanaşımı süresi içerebilen ceza zamanaşımı süresinin uygulama şartlarının olduğu hallerde ise, bu TBK md.

⁶⁹⁰ Koller, **101**, s. 155 vd.; Wien, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁹¹ Roberto, **Arbeitnehmers**, s. 30.

⁶⁹² Bkz. TBK md. 72: “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

⁶⁹³ Bkz. TBK md. 146: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”; Wien, **a.g.e.**, s. 63 vd.: Ayrıca, Alman hukukunda, vücut bütünlüğünün zarara uğramasına ilişkin olarak, otuz yıl gibi daha uzun bir sürenin kanunda zikredildiğini de belirtmek gerekir (BGB § 199).

⁶⁹⁴ Çelik, **a.g.e.**, s. 61; inc. Gauch, **a.g.e.**, s. 315 vd.; ayr. krş. YİBK, 18.01.1939 T., 1938/14 E., 1939/27 K.: “...Temyiz 4. Hukuk Dairesinin tetkik olunan bu hususa dair ilamlarına nazaran vakialarda mümaseret ve hükümler arasında da muhalefet olduğu anlaşıldıktan sonra yapılan münakaşa ve müzakere neticesinde Borçlar Kanununun 60. maddesindeki tazminat davalarına ait müruruzaman mezkur kanunun 1. babının 2. faslına dahil olan haksız muamelelerden neşet eden borçlar hakkında cari olup mezkur faslın 55. maddesinde istihdam edenlerin mes'uliyeti hakkındaki hükümde müstahdem ve amelenin hizmetlerini ifa ederken diğer amele ve müstahdeme karşı değil, istihdam edenle bu hususta hukuki ve akti rabitası olmayan 3. şahıslara karşı yaptıkları zarara ait olduğu ve Borçlar Kanununun yüzüncü maddesinin ihtiva eylediği ahkam ise istihdam edenin amelesi tarafından amellerini icra sırasındaki istihdam eyleyenin akdi bir rabita ile bağlandığı diğer bir şahsa karşı ika ettikleri zarara şamil bulunduğu ve istihdam eden kimse ile mutazarrir arasında evvelce yapılmış bir mukavele ile bu mesuliyet kısmen veya tamamen bertaraf edilebileceği ve 55. madde mucibince istihdam eden mes'ulünbilmal bütün dikkat ve itina sarfettiği halde mesuliyetten kurtulacağı halde 100. maddeye temas eyleyen ahvalde bu ciheti isbatla mesuliyetten verasete kalamıyacağı cihetle 55. ve 100. maddelerin ihtiva eyledikleri hükümler ve mahiyetler arasında fark mevcut olduğundan ve ihtilafın mevzuunu teşkil eyleyen her iki ilamdaki vakialara Borçlar Kanununun 100. maddesi veçhile on senelik müruruzamanın tatbiki lazım geldiğine 18.1.1939 tarihinde ittifakla karar verildi.” (KİB).

72/1'deki⁶⁹⁵ sürenin daha avantajlı olacağı da ifade edilmektedir⁶⁹⁶.

Bunların dışında, İsviçre hukukunda, kamu hukuku kurumlarının da adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluk bakımından (OR art. 55)⁶⁹⁷ TBK md. 66 hükmüyle sorumluluğa tabi olacakları belirtilmektedir⁶⁹⁸. Ancak kural olarak bu durumun, kamu kurumu çalışanlarının ticari işleri kapsamında uygulanabilir olduğu ifade edilmektedir⁶⁹⁹. Zira, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinde, konfederasyon veya kantonların, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken verdikleri zararların telafisi bakımından farklı yasal düzenlemeler kabul edebilecekleri, ancak ticari faaliyetler bakımından sorumlulukların kanton yasalarınca değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir⁷⁰⁰. İsviçre Federal Mahkemesi'ne de konu olan bir örnek kararda da olduğu gibi⁷⁰¹, bir belediye, özel hukuk hükümlerine göre bir motorlu vinç kiraladığı ve tayin ettiği operatör vasıtasıyla kullandığı bir olayda, üçüncü bir kişinin yaralanmasından doğacak zararlardan dolayı, adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerince sorumlu olacaktır denilmektedir⁷⁰².

Son olarak, bazı hallerde ise yine teorik çerçevede yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilecek bir yakınlığa sahip gibi görünse de, somut olay şartları durumun aksini ortaya koyabilecektir. Öyle ki, meydana gelen zarara sebebiyet veren kişinin, aralarında borç ilişkisi bulunan kişilerden birinin

⁶⁹⁵ "...Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."

⁶⁹⁶ Çelik, **a.g.e.**, s. 62.

⁶⁹⁷ İnc. Becker, **Obligationenrecht**, s. 295 vd.; ayr. genel olarak da yardımcıların fiillerinin verdiği zararlardan dolayı sorumluluk kurallarının, devlet, belediye vs. gibi diğer kamu unsur ve kuruluşları bakımından da uygulanacağına dair bkz. Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 70.

⁶⁹⁸ Koller, **101**, s. 152.

⁶⁹⁹ Koller, **101**, s. 152.

⁷⁰⁰ "Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen.

Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden."

⁷⁰¹ BGE 77 II 308.

⁷⁰² İnc. Koller, **101**, s. 152.

yardımcı kişisi olması da, her durumda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmasını mümkün kılmayacaktır. Örneğin, (A) firmasının İstanbul-Antalya seferini yapan (X) otobüsü ile yolculuk yapan bir kişinin, yine aynı firmanın İzmir-Ankara seferini yapmakta olan ve (Y) olarak adlandıracağımız başka bir otobüsünün (şehirler arası bir yolda) sebebiyet verdiği kaza neticesinde yaralandığını düşünelim. Olayda, zarar gören yolcu ile (A) firması arasında sözleşme ilişkisi vardır. (X) ve (Y) otobüsleri de (A) firmasıdır. Ancak bu somut örnek bakımından, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk değil, adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanması daha uygun olacaktır. Zira bu durumda, zarar görenin bulunduğu araca çarpan aynı firmaya ait başka bir otobüsü kullanan kişinin, ifa ve icra ettiği fiiller ile borç ilişkisinin tarafları arasındaki ilişkisinin herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır⁷⁰³. Dolayısıyla bu durumda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk yerine adam çalıştırmanın sorumluluğuna (TBK md. 66) gitmek gerekecektir. Buna karşılık aynı olayın, bahsettiğimiz otobüs firmasının garajında gerçekleştiğini düşündüğümüzde ise hakimiyet sahası gibi kavramlar ele alınabilecek ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları işletilebilecektir. Kısacası, örnek üzerinden ifade etmek istediğimiz husus, somut olayın şartlarının, yapacağımız yorumu da doğrudan etkileyebileceğidir⁷⁰⁴.

Yine kısaca eklemek gerekir ise, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK md. 66'da, tazminat ödemesine hükmedilen edilen adam çalıştırmanın, bunu çalıştırdığı kişiye dönerek rücu edebileceği açıkça düzenlenmiş iken, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünde ise aynı hususa değinilmemiştir⁷⁰⁵. Dolayısıyla, bu durumda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta rücu

⁷⁰³ Esasen, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun mantığı da, böyle bir durumu kapsama almak için ele alınmış ve geliştirilmiş değildir.

⁷⁰⁴ Ancak, başka olaylar bakımından aynı genellemeyi yapmamak gerekeceğini hatırlatmalıyız. Yoksa, zarara sebebiyet veren garsonun aslında başka masayla ilgilendiği, çırağın başka arabayı tamir için görevli olduğu, hastabakıcının aslında hastanenin o servisinde çalışmadığı ve dolayısıyla da verilen zararların, o yardımcıların ifa etmeleri gereken borçlarla ilgili olmadığı savunmaları, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilebilmesini engellemez. Dolayısıyla borçlu, borç ilişkisi kapsamındaki hakimiyet alanına rızaen dahil ettiği bu kişilerin fiillerinden dolayı, TBK md. 116 hükmüne göre sorumlu olur.

⁷⁰⁵ Çelik, **a.g.e.**, s. 61.

hususunun, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre belirleneceği ifade edilmektedir⁷⁰⁶.

f. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk – Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme

Kanuni düzenlemeler ve işin benzerliğinin yaratabileceği terminoloji nedenleriyle kısaca karşılaştırabileceğimiz bir diğer kavram ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme konusudur⁷⁰⁷. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu, TBK md. 128’de “Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi” başlıklı ayırım altında düzenlenmiştir⁷⁰⁸. Belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin fiilini üstlenme bir sözleşmedir ve tartışmalı olmakla birlikte hakim görüşün üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu yönünde olduğu ifade edilmektedir⁷⁰⁹. Yine üstlenen, fiilini üstlendiği üçüncü kişinin, kişilik haklarına, kanuna, ahlaka aykırı bir fiili gerçekleştireceği yönünde bir taahhütte bulunmuş ise bu taahhüt geçersiz olmalıdır ve bu itibarla sözleşmenin geçerliliğinin genel geçerlilik şartları açısından

⁷⁰⁶ İnc. Çelik, **a.g.e.**, s. 61.

⁷⁰⁷ Melek Bilgin Yüce, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 5 vd.

⁷⁰⁸ Hükme ilişkin ayrıntılı olarak, inc. Hüseyin Murat Develioğlu, **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu – Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, md. 128, s. 974 vd.

⁷⁰⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 413 vd. Pn. 1182 ve dn. 11; Develioğlu, **a.g.e.**, md. 128, Pn. 2; ayr. bkz. YHGK, 10.04.2002 T., 2002/19-182 E., 2002/217 K.: “...Kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesi, BK.nun 110. maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt niteliğinde kabul edilmektedir. Fiil tabirinin her türlü edimi karşılayacak şekilde çok geniş bir anlama geldiğinin ve bir para borcunun ifasının da fiil kapsamına girdiğinin kabulü sonucu para borçları yönünden de garanti sözleşmesi yapılabileceği, gerek öğretide gerekse uygulamada çoğunlukla benimsenmiştir...

...Ancak, sözleşme serbestisi sınırsız değildir. BK.nun 19. ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz.

Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir...” (KİB).

da ele alınacağında şüphe yoktur⁷¹⁰.

İlk bölümde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temellerine ilişkin belirttiğimiz görüşlerde görüldüğü üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta borçlunun kendine ait bir borcun ifasında bir üçüncü kişinin ifayı düzgün ve olması gerektiği gibi yapacağı konusunda bu kişinin ifasını zımni olarak garanti etmiş olduğu kabul edilebilir⁷¹¹. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede ise yerine getirilmesi üçüncü bir kişinin iradesine bağlı olan ve bir edim teşkil edebilecek herşeyin (yapma, yapmama, verme) üstlenmeye konu olabileceği, ancak üçüncü kişinin iradesine bağlı olmayan (yağmurun yağması, fiyatların artması gibi) hallerde ise daha üst bir kavramla ifade edilebilecek şekilde, bir garanti sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir⁷¹².

⁷¹⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 422, Pn. 1205.

⁷¹¹ Bkz.: Leonhard, **Arbeitgeber**, s. 341; Caemmerer, **a.g.e.**, s. 34.

⁷¹² Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 421, Pn. 1202; Develioğlu, **a.g.e.**, md. 128, Pn. 2; ayr. Yargıtay'ın, üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesine ilişkin, doktrindeki atıfta bulunduğu hususlara ilişkin olarak bkz. Yarg. 11. HD, 27.11.1979 T., 1979/5075 E., 1979/5456 K.: "...Bilindiği üzere garanti sözleşmesi kefalet gibi fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki onunla bir kimse, başkasını belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla bu hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri, kısmen veya tamamen üzerine alır (H. Tandoğan, Garanti mukavelesi, 1959, s. 12; S. Reisoğlu, Garanti mukavelesi, 1963, s. 9). Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti alanın yerine getireceği bir eda söz konusu değildir. (Tandoğan, age, s. 9), Reisoğlu age, s. 157) Garanti sözleşmesi bir şekle de tabi değildir (Becker, İsviçre Medeni Kanunu şerhi, VI cilt, Borçlar Kanunu, Fas IV, Saim Özkök çevirisi, s. 47; S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 1971, s. 184. Tandoğan, age, s. 2; Reisoğlu, age, s. 141) Garanti edilen husus pozitif veya negatif, bir şey yapılması veya yapılmaması şeklinde bir eda olabilir (Becker, age, s. 45; Tekinay, age, s. 180; Reisoğlu, age, s. 15) Taahhüt edilen edanın yerine getirilmemesi veya yapılmayacağı taahhüt edilen şeyin yapılması tazminat alacağını muaccel kılar. Taahhütte bulunan, garanti veren taraf yapılacak veya yapılmayacak şeyi kendisi yerine getirmekle mükellef olmadığı için ona ihtarda bulunulmasını gerek olmadığı gibi, lehine taahhütte bulunulan kişiden, önce üçüncü bir kişiye başvurması da istenemez (Becker, age, s. 46; Reisoğlu, age, s. 151 m.). Garanti verenin sorumluluğu, kusuruna da bağlı değildir (Reisoğlu, age, s. 151). Taahhüt edilen şeyin gerçekleşmemesi tazminat için yeterlidir. Hatta bu durum kaza ve beklenilmeyen bir hal sonucu olsa dahi (reisoğlu, age, s. 11); yeterki, taahhüt olunan husus, gerçekleşmesi objektif olarak imkansız veya muhakkak olmasın (Tandoğan, age, s. 4; Reisoğlu, age, s. 9).

Borçlar yasasının 110. maddesindeki başkasının fiilini taahhüde ilişkin hükmün garanti sözleşmelerini düzenlemek için vazedilmediği, başkasının fiilini taahhüdün garanti sözleşmesinin bir türü olduğu ancak Borçlar Yasasında garanti sözleşmelerine ilişkin başka bir hüküm bulunmadığı cihetle aynı yasanın 110. maddesindeki başkasının fiilini taahhüt hükmüne dayanılarak garanti sözleşmeleriyle ilgili uyumsuzlukların halli cihetine gidilmesinin uygun olacağı görüşü yanında (Tandoğan, age, s. 44 - S. Tekinay, age, s. 179 - Reisoğlu, age, s. 44) çoğunluk, başkasının fiilini taahhüt adı altında düzenlenmiş olan müessenin garanti

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde taraflar, taahhüt eden ile taahhütten yararlanan iken, fiilleri taahhüt edilen kişi kural olarak sözleşme ilişkisi dışındadır; ki esasen ayırtetme gücü bulunmayan bir kişinin fiillerinin dahi taahhüt edilebileceği ifade edilmektedir⁷¹³. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta da fiillerinden sorumlu olunan kişi kural olarak esas sözleşme ilişkisi içerisinde yer almayacak ise de, bir borcu beraber üstlenen veya üstlenmek zorunda olan kişilerin, içlerinden birinin fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilecekleri ihtimalini düşündüğümüzde, fiillerinden sorumlu olunan kişinin her ihtimalde sözleşme dışı olması gerektiğini ifade edemeyeceğiz.

Örneklerden de anlaşıldığı üzere, fiili üstlenilen kişinin üstlenen ile arasındaki özel ilişki önemli olmadığı gibi, özel bir ilişkinin mevcut olması da gerekli değildir⁷¹⁴. Yine, üstlenen ile taahhüt alacaklısı arasında da bir borç ilişkisi bulunması gerekmez⁷¹⁵. Aynı şekilde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunda da incelediğimiz üzere, yardımcı kişi ile borçlu arasındaki iç ilişkinin bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla hizmet ilişkisi, bağımlılık veya bağımsızlık unsuru önem arz etmez. Hatta bazı hallerde (borçlu alt yardımcı silsilesinin en altındaki yardımcının verdiği zararlardan da sorumlu olacağından) yalnızca alacaklının değil, borçlunun da, zarar veren kişiyle arasında herhangi bir ilişki olması gerekli değildir.

Ancak dikkat etmek gerekir ki, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, üstlenilen fiilin üçüncü kişiye ait olması gerekecektir; ki aksi durumda, örneğin üçüncü kişinin üstlenenin bir borcunu yerine getirmek durumunda olduğu hallerde ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme değil, duruma göre vekalet veya eser sözleşmesinin gündeme

sözleşmesinden başka bir şey olmadığı görüşündedir (Tandoğan, age. s. 44 - E. Arsebük, Borçlar Hukunun Umumi Esasları, 1937, s. 502 - Necip Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, 1971, s. 366). Hangi görüş benimsenirse benimsensin, başka bir hüküm bulunmadığından Türk uygulaması bakımından BK.nun 110. maddesinde düzenlenmiş bulunan hükmün, garanti mukavelesi esaslarına göre uygulanması ve yorumlanması gerekmektedir. Tandoğan, age. s. 48 - Reisoğlu, age. s. 48)..." (KİB).

⁷¹³ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 419, Pn. 1196.

⁷¹⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 425, Pn. 1216.

⁷¹⁵ Develioğlu, **a.g.e.**, md. 128, Pn. 7; ancak, böyle bir borç ilişkisi var ise, bunun kaynağının önemli olmadığını ekleyebiliriz, **a.e.**, Pn. 8.

geleceği ifade edilmektedir⁷¹⁶. Dolayısıyla da, ilişkinin eser sözleşmesi gibi bir sözleşme ilişkisi oluşturması halinde, fiili üstlendiği ifade edilen kişi yardımcı kişi sayılacak ve burada esasen üçüncü kişinin verdiği zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilecektir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, üstlenilen fiil yerine getirilmediği takdirde, karşı tarafın bundan doğan zararı tazmin edilecektir; yoksa, üstlenenin üstlendiği fiili kendisi yerine getirmek zorunda olması gibi bir durum söz konusu değildir⁷¹⁷. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta ise çoğu zaman yardımcı kişinin (olumlu-olumsuz) fiilleri ile verdiği zararın karşılanması yanında, borçlunun, eğer borç olması gerektiği gibi ifa edilmemişse, bu borcu da ifa etmesi gerekecektir. Diğer bir ifade ile, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zararı karşılamış olması borçluyu borcundan kurtarmaz. Örneğin, yardımcı kişi ağaçları kesmeye gittiği evde kesilmemesi gereken ağaçları kesip, kesilmesi gerekenleri kesmemiş ise borçlu kesilmemesi gereken ağaçların kesilmesinden doğan zararları tazmin etmesi yanında, kesilmesi gerekip kesilmeyen ağaçlar bakımından da halen borçlu durumdadır⁷¹⁸.

Diğer taraftan fiili üstlenilen kişi ile üstlenen arasında, bu üstlenmeye dair bir borç ilişkisi söz konusu olmaması halinde, fiilin yerine getirilmemesi durumunda ödenen tazminatın üçüncü kişiye rücu edilerek alınması mümkün değilken⁷¹⁹;

⁷¹⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 419 vd., Pn. 1198.

⁷¹⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 428 vd., Pn. 1228; Develioğlu, **a.g.e.**, md. 128, Pn. 43.

⁷¹⁸ Ayrıca, aynı olay içerisinde fiillerinden sorumlu olunan yardımcı kişi, aynı zamanda fiilleri üstlenilen bir üçüncü kişi olabilir mi, sorusu sorulabilir. Soruya olumlu cevap verdiğimiz peşinen ifade ederek, örnekle açıklamak gerekir ise: Bahçesine koyulmak üzere modern çizgilere sahip bir aslan figürü yaptırmak için ünlü bir sanatçının ofisine giden alacaklı, bu konuda borçlu ile anlaşmaya varmıştır. İş başladıktan on gün sonra yurt dışına çıkan sanatçı, kalan işi çok yetenekli bir güzel sanatlar (kendi) öğrencisi olan yardımcısının tamamlayabileceğini söylemiş ve alacaklı da buna pek yanaşmamasına rağmen, sanatçının, bu öğrencinin heykele merakı ve pratik yapma arzusu nedeniyle, bir sonraki ay eğer isterse alacaklının bahçesine bir başka hayvan figürünü seve seve yapacak olduğu konusunda garanti vermesi nedeniyle ikna olur. Böyle bir örnekte eser inşa etme borcu altına giren kişinin eseri tamamlamak için kullandığı yardımcı kişiden dolayı sorumluluğu yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilecekken, yine bu kişinin işi bitirdikten sonra diğer başka bir hayvan figürünü ücretsiz olarak yapacağına ilişkin üstlenmesi ise, üçüncü kişinin fiilini üstlenme olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla, sanatçı ile alacaklı arasındaki hukuki bağ (ve sosyal temas) ele alındığında, her iki eserin inşasında da, yardımcının fiilleri neticesinde doğan zararlar TBK md. 116 kapsamında incelenebilir.

⁷¹⁹ Develioğlu, **a.g.e.**, md. 128, Pn. 73; Zira belirttiğimiz üzere, burada taahhüt eden, bir borcu ifa

yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kişinin, fiillerinden sorumlu olduğu kabul edilen kişilerin verdikleri zararları tazmin sonrası rücu ilişkisi, kural olarak mümkündür⁷²⁰.

Son olarak her iki hukuki kurumda da ortaya çıkacak zararların tazmininde, genel hükümlerdeki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır⁷²¹. Ancak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kendi davranışlarıyla bizzat haksız bir fiile ve zarara sebebiyet veren kişiye karşı talepler ise doğal olarak haksız fiil hükümlerine göre talep edilebilecektir⁷²². Bu konuda, fiili taahhüt edilen kişinin alacaklı ile arasında bir ilişki olmadığından, herhangi bir haksız fiil veya sözleşmesel sorumluluğu olmayacağı da ortadadır.

4. Yardımcı Kişinin İfaya Katılması

a. Borçlunun Rızası

(1). Genel Olarak

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun şartlarından bir diğeri ise, ifaya katılan yardımcı kişinin bu hususta bir izne sahip olmasıdır⁷²³. Başvuru (*Beizug*) şeklinde de ifade edilen bu şart, diğeri bir anlatım ile borçlunun üçüncü bir kişiyi bir

etmemekte, yalnızca zararı tazmin etmektedir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin bir borcunu ödemediği için, halefiyet kurumundan da faydalanamayacaktır, inc. **a.e.**, Pn. 73.

⁷²⁰ Bunun yanında, yardımcı kişinin fiilleri neticesinde tazminat ödeyen borçlunun, yardımcı kişilerine rücu edemeyeceği haller de söz konusu olabilir; ki buna ilişkin örnekler aşağıda incelenecektir. Bkz.: B. III: III/A.

⁷²¹ Eren, **Genel**, s. 1184; inc. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 434 vd., Pn .1241 vd.; Develioğlu, **a.g.e.**, md. 128, Pn. 55.

⁷²² Wien, **a.g.e.**, s. 117 vd.

⁷²³ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 40; Schnyder, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 7; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 23; Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 7; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 20; Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 18; Schmitt-Kessel, **Prütting**, § 278, Pn. 12; Schwarze, **a.g.e.**, s. 557, Pn. 52; Wolf, **a.g.e.**, s. 448 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 352.; Zerres, **a.g.e.**, s. 338; Leonhard, **Schuldrecht**, s. 455 vd.; Dauner-Lieb, **a.g.e.**, § 278, Pn. 4; Schmidt, **Grundlagen**, s. 518; Astrid Stadler, **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 16. bs., Nördlingen, C. H. Beck, 2015, § 278, Pn. 6; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 3; Fundel, **a.g.e.**, s. 113 vd.; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 24.

borç ilişkisine dahil etme arzusunu ifade etmektedir⁷²⁴. Bu, üçüncü bir kişiyi yardımcı kişi olarak bir borç ilişkisine dahil etme iradesi, borçlu tarafından açıkça yazılı-sözlü olarak veya bunu ortaya koyan başka türlü davranışlarıyla açıklanabilir⁷²⁵. Örneğin bir satıcı, alacaklıya teslim edilecek mallar için bir taşıyıcı ile sözlü veya yazılı olarak anlaştığı bir olayda *açıkça* ve yine yoldan geçen davetsiz bir kişinin kaza yapmış bir arabanın çekilmesinde arabayı çeken operatöre yardım etmeye gelmesi ve operatörün de buna karşı koymaksızın göz yumması halinde ise *zımni olarak* yardımcı kişiyi dahil etme iradesi ortaya çıkmış olmaktadır⁷²⁶. Yine sıkça karşımıza çıkabilecek bir ihtimal olarak, borçlunun doğrudan ifade kullanılacak üçüncü kişiyle temasa geçmediği, ancak arabulucu⁷²⁷ şeklinde ifade edebileceğimiz bir diğer kişi tarafından bu iradesini yardımcı kişi sıfatını alacak kişiye ilettirmesi durumunda da, aynı durum söz konusu olabilecektir. Örneğin, yüklenicinin işi alt yükleniciye emanet ettiği bir durumda da, alt yüklenici bu işi kendi işçileriyle yapacağından, dolaylı olarak yüklenici, bu işçilerin kullanılmasına da rıza göstermiş olmaktadır⁷²⁸. Benzer şekilde, bir aracı kullanarak iradenin açıklandığı bir duruma, hizmet tedariki sözleşmesi suretiyle bulunan üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk örneğini de verebiliriz.

Yardımcı kişiye başvurma iradesi, yalnızca yardımcı kişilere başvurma konusundaki zımni irade kapsamında değil, aynı zamanda bu yardımcı kişilere verilmiş olan işin kapsamı bakımından da rol oynayabilecektir. Örneğin, bir satıcının satış sözleşmesi konusu sebzeleri alıcıya göndermek için görevlendirdiği kişilerin, yalnızca taşıyıcı aracı bir yerden bir yere sürmek bakımından değil, aynı zamanda sebzelerin ani ısı düşüşünden kaynaklanan soğuk vurmasından korunması veya herhangi bir hırsızlık olayında derhal polise başvurulması vs. gibi durumlarda da

⁷²⁴ Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 18; Bucher, **a.g.e.**, s. 352; Koller, **101**, s. 45; Zerres, **a.g.e.**, s. 338; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 88; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 32; Alpman, **Juris**, § 278, Pn. 14; Jousen, **a.g.e.**, Pn. 332; Altherr/Brem/Bühlmann, **a.g.e.**, s. 121, Pn. 1; Fundel, **a.g.e.**, s. 113.

⁷²⁵ Koller, **101**, s. 46; Karahasan, **Sözleşme**, s. 549.

⁷²⁶ Koller, **101**, s. 46.

⁷²⁷ “*Mittelsmann*”.

⁷²⁸ Koller, **101**, s. 46.

yetkilendirildikleri varsayılmalıdır; meğer ki satıcı, açık veya örtülü davranışları ile bu bahsedilen hususların yapılmasını yasaklamış olsun denilmektedir⁷²⁹. Ancak yardımcı kişiler yetkilerini aşmış olsalar dahi borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacağını kabul ettiğimizden dolayı, her iki durumda da ister yetkilendirildikleri isterse de yetkilendirilmedikleri iş ve işlemlerden doğsun, bu kişilerin verdiği zararlar neticesinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğacaktır.

Bunların dışında, borçlunun borcun ifasında kullandığı yardımcı kişilere bu iradesini doğrudan veya dolaylı olarak açıklamış olmasının yanında, teorik anlamda üçüncü kişi ile hiçbir teması olmadan da onun davranışlarından sorumlu olabileceğini, bir garaj sahibinin bürosunda bulunan bir arabayı tamir eden ve ancak bu hususta açıkça veya zımnen görevlendirilmemiş olan (hatta bu fiilleri esasen borçlu tarafından yasaklanmış olan) bir çırağını izlemesi, ancak buna ses çıkartmaması⁷³⁰, gibi bir örneği de belirtebiliriz.

Bahsettiğimiz bu izin, yardımcı kişinin ifaya katılmasından önce verilmiş olabileceği gibi, yardımcı kişinin ifaya halihazırda katılmış olmasından sonra da verilebilecektir. Diğer bir ifade ile, borçlu vekaleti olmaksızın işe giren bir üçüncü kişinin varlığı durumunda, vekaletsiz olarak işi gören kişiye bu konuda sonradan icazet vermesi durumunda, onay geriye yürüyecektir⁷³¹ ve borçlu, yardımcı kişinin vermiş olduğu zararlardan hem icazet öncesinde, hem de icazet sonrasında ortaya çıkmış olanlardan dolayı sorumlu olacaktır⁷³². Buna göre örneğin, (A) kişinin (B)

⁷²⁹ Koller, **101**, s. 46 vd.

⁷³⁰ Koller, **101**, s. 47.

⁷³¹ Ayr. Şimşirgil/Ekinci, **a.g.e.**, s. 129 ve bkz. MAA md. 55: “*yüġtefirü fi'l-ibtidâi mâ lâ yüġtefirü fi'l-intihâ - İbtidâen tecvîz olunmayan şey, bekâen tecvîz olunabilir.*”, yani “*İbtidâen, yani başlangıçta yapılması tecvîz edilmeyen, yani caiz olmayan bir şey; bekâen, yani sonradan caiz hale gelebilir.*”, **a.e.**, 129.

⁷³² Şenocak, **Yardımcı**, s. 160; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 243; Tamamlanmış bir işlemin onaylanmasının geçmişe etkili ve başlangıçtaki rızaya eşit olduğuna ilişkin, Roma hukukundan bu yana ele alınan bir deyim olan, “*Omnis ratihabito retrotrahitur et mandato priori aequiparatur - Every ratification of an act already done has a retrospective effect, and is equal to a previous request to do it*” ifadesini de, burada örnek olarak gösterebiliriz, bkz.: Wharton, **a.g.e.**, s. 133, Mx. 67.

kişisine bir makine satmak istediği bir olayda, üçüncü bir (C) kişinin bu makineyi, (A)'nın haberi olamadan ve (A) adına, (B)'ye satması ve durumu sonradan öğrenen (A)'nın da duruma onay vermesi halinde, (C)'nin makineyi satarken (B)'ye verdiği yanlış kullanım ve bakım bilgileri nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı, (A) kişisi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu tutulacaktır⁷³³.

İzin konusunda yukarıda (kullanma yardımcısı başlığı altında) vermiş olduğumuz, kombine bilet sahibinin kombinesinin kullanılmasını, o haftalık başka bir kişiye kendi rızasıyla devretmesi, bu devralanın da devreden rızası olmadan, bir şekilde bu hakkı para karşılığında başka bir kişiye kullandırması ve o kişinin de stadyuma vs. zarar vermesi örneği üzerinden belirtmek gerekir ki, bu gibi bir örnekte alt kullanıcının, söz konusu hakkı asıl hak sahibinin rızası dışında kullanmasından dolayı, asıl devreden hak sahibinin zararlardan sorumlu olmayacağı yorumu çıkarılamayacaktır. Zira burada, esasen devreden asıl hak sahibi (kulüple sözleşme yapan kişi) kişi, bir kere üçüncü bir kişiye kullanım konusunda rıza vermekle, onun bu hak kullanılırken ortaya çıkarabileceği (hakkı illegal olarak başkasına kullandırması da dahil) rizikoları üstlenmiş olacaktır. Kısacası, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için rıza şartının aranması hususunda buradaki gibi bir örneğin de atlanmaması gerektiğinin ve rıza dahil tüm diğer şartların somut olayda bir kez daha değerlendirilmesinin uygun olduğunu belirtmek gerekir.

Esasen çalışmamızda verdiğimiz örnekler daha çok, bizzat alacaklının alacağını elde edebilmesi için borçlu tarafından görevlendirilmiş kişilerin davranışlarından borçlunun sorumluluğunu örneklendirmektedir. Ancak belirtmek gerekir ise, bu sorumluluğu ortaya çıkaran zarar verici davranış, bizzat o borç konusunun ifası için görevlendirilmiş bir yardımcının fiillerinden ortaya çıkmamış olabilir. İfade edilmelidir ki, borçlunun yalnızca belirli bir borcun ifasında kullanılmak üzere hizmetine başvurduğu kişiler bakımından “özel başvuru”⁷³⁴, sayısı belirli olmayan birden çok görevin ifası için görevlendirdiği kişiler bakımından ise

⁷³³ Örnek için bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 159; bkz. BGH NJW 1955, s. 297, “*Vertreter ohne Vertretungsmacht als Erfüllungsgehilfe*”.

⁷³⁴ “*Spezieller Beizug*”.

“genel başvuru”⁷³⁵ söz konusudur⁷³⁶.

Borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından, genel yetkilendirme ile başvurduğu bir yardımcı kişinin fiillerinden de, özel yetkilendirme ile başvurduğu yardımcı kişilerden de sorumlu olacaktır. Öyle ki, borçlunun yardımcı kişilerden birini yalnızca belirli bir görevin ifası için yetkilendirdiği ve talimatlandığı bir olayda, bu kişinin başka işlere de müdahale etmesi neticesinde ortaya çıkan zararlardan da borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olacaktır. Ayrıca, somut olayda özel başvuru ile yetkilendirilen kişinin, yalnızca yetkilendirilmediği bir görevi ifa etmesinden doğan zararların değil, aynı zamanda kendi yetkisi dahilinde olan işlerden doğan zararların başka işlere sirayet etmesi neticesinde ortaya çıkan zararların da aynı şekilde sorumluluğa sebebiyet vereceğini ifade etmeliyiz. Örneğin, bir otomobil tamircisinin atölyesinde, B’nin arabasını tamirle görevli olan usta, bir hata sonucunda başka bir ustanın tamir ettiği arabaya zarar veriyor; veya tedavisi için özel bir hastaneye yatan hasta, doktorların veya hemşirelerin yanlış tedavisinden dolayı değil, başka bir serviste çalışan hastabakıcının çıkardığı yangının tüm hastaneyi sarması sonucunda yaralanıyor⁷³⁷. Dolayısıyla bunlar gibi örneklerde de, her ne kadar zarar verici davranışı bizzat o borcun ifasında görevli kişi gerçekleştirmemiş olsa da, zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁷³⁸.

Esasen son örneklerde sorumluluğun, TBK md. 66 ile TBK md. 116 arasındaki bir noktada bulunduğu akla gelebilir. Ancak kanaatimize göre de bu gibi örneklerdeki sorumluluğu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirmek daha uygun olacaktır. Zira bu örneklerdeki zarar veren kişiler, borçlu tarafından zarar görene karşı olan bir borcun ifasında için görevlendirilmiş kişiler olmasalar da, bir şekilde borçlunun rızasıyla alacaklının etki alanına

⁷³⁵ “Genereller Beizug”.

⁷³⁶ Koller, **101**, s. 48.

⁷³⁷ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 152.

⁷³⁸ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 142 vd.; bkz. Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 243.

sokulduklarından ve en nihayetinde alacaklı ile borçlu arasında bir borç ilişkisi söz konusu olduğundan, bu gibi olaylarda da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanmasında tereddüt edilmemelidir.

Diğer taraftan borçlunun, vekaletsiz iş görme kapsamında da sorumluluğunun doğabileceğini belirtmek gerekir⁷³⁹. Örneğin, bir bahçıvanın oğlunun, babasının bilgisi ve iradesi olmayan bir durumda, bir müşterinin bahçesinde iş yaptığı bir somut olayda, oğulun verdiği zararlardan dolayı oğul, doğrudan bu müşteriye karşı vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Ancak bahçıvan, oğlunun yaptığı işlere daha sonradan icazet vermesi durumunda ise, icazet sonrasındaki fiillerden doğan zararlardan ötürü, doğrudan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk dolayısıyla sorumlu olması, icazetten önceki zamanda yapılmış olan fiillerden doğan zararlardan ötürü ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kıyasen uygulanmak suretiyle sorumlu olunması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁴⁰. Gerçekten de icazet, fiilleri yapan kişinin yalnızca ifaya uygun ve doğru davranışları için verilmemektedir ve icazet, olumlu ve olumsuz sonuçlarıyla yapılan tüm davranışları ve dolayısıyla da zararları da kapsamaktadır⁷⁴¹.

Hatta başka bir örnekte, molada sarhoş olan bir şoförün arkadaşının, arkadaşını bu tehlikeli durumundan kurtarmak için direksiyonu devraldığı ve sürüş esnasında kaza ve dolayısıyla zararlara neden olduğu bir olayda, her ne kadar şoförü istihdam eden işletme sahibinin, şoförün arkadaşının böyle bir davranışında vekalet ve icazeti olmasa dahi, kıyasen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olması gerektiği de ifade edilmektedir⁷⁴². Dolayısıyla bunun gibi (gerçek vekaletsiz iş görme⁷⁴³) bir durumda, vekalet veya icazet verilmemesine

⁷³⁹ Ayr. inc. Keller, **a.g.e.**, s. 366 vd.; vekaletsiz iş görme bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmayacağı yönünde, krş. Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 392, Pn. 656.

⁷⁴⁰ Koller, **101**, s. 149.

⁷⁴¹ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 171 vd.; Delmere, **a.g.e.**, s. 188 vd.

⁷⁴² Koller, **101**, s. 150.

⁷⁴³ Bkz.: Eren, **Özel**, s. 831 vd.

rağmen borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu doğacaktır⁷⁴⁴.

(2). İşçi - İşveren İlişkileri Açısından

Borçlunun rızası ile borç ilişkisine dahil olan kişilerin vermiş oldukları zararlar, yalnızca borç ilişkisinin karşı tarafına verilenlerden ibaret olarak düşünülmemelidir. Öyle ki, ortak bir işverene karşı aynı işi yapan kişiler bakımından da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması düşünülmelidir. Bu bakımdan, doktrindeki bir diğer ihtimal ise, bir iş sözleşmesi altında çalışan işçilerin birbirlerinin fiillerinden dolayı zarar görmeleri halidir. Buna göre, işçilerden birisinin veya birden fazlasının başka bir işçinin ihmali veya kasti fiilleri neticesinde yaralanmaları dolayısıyla ortaya çıkan zararından dolayı TBK md. 66'ya göre adam çalıştıranın sorumluluğunun değerlendirilmesi; eğer işyeri güvenliği gibi TBK md. 417'den⁷⁴⁵ doğan hususlar bir yardımcı kişinin düzenleme ve kontrolüne bırakılmışsa, bu kişilerin kast ve ihmallerinden doğan zararların TBK md. 116 kapsamında değerlendirilmesi; yok eğer md. 417'den doğan yükümlülükler için özel kimseler görevlendirilmemiş olması durumunda ise, TBK md. 112 dolayısıyla sorumluluk olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁴⁶.

Kısaca ifade etmek gerekir ise, iş sözleşmesi gereğince tarafların borçları bakımından işverenin asli borçları, işin bedelinin ödenmesi ve yan borçları başta sağlık olmak üzere işçinin korunması; işçinin asli borçları, işin yerine getirilmesi ve yan borçları ise işverenin mülkiyet hakkının korunması, sır saklama ve rekabet

⁷⁴⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 437.

⁷⁴⁵ Bkz. TBK md. 417: “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”.

⁷⁴⁶ Şenocak, **Yardımcı**, s. 158 vd.

etmeme olarak ele alınacaktır⁷⁴⁷. Yine işverenin “gözetme borcu” olarak ifade edilen kavram olan ve işverenin özellikle işçiyi koruyucu önlemleri almak başta olmak üzere, üzerinde bulunan yükümlülüklerini teşkil eden hususu da eklemek gerekir⁷⁴⁸. Örneğin, bir fabrikada iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin sağlığı ve vücut bütünlüğü, uzmanlığı yeterli olmamasına rağmen istihdam edilen ve o kişi ile çalışmak zorunda bırakılan bir takım arkadaşı nedeniyle zarara uğrayabilir. Bir posta dağıtıcısında işe dağıtıcı olarak başlayan işçi, yine daha az maliyet sebebiyle işe alınan fiziksel açıdan ve ruhen uygun olmayan bir şoför ile dağıtım yapması esnasında yaptığı kaza nedeniyle zarara uğrayabilir. Bir havayolu firmasında hostes olarak görev alan personel, diğer çalışma arkadaşlarının işe uygun olmaması dolayısıyla yolcularla birlikte bir zarara uğrayabilir. Verdiğimiz örnekler artırılabilir. Ortaya çıkan zararın iş arkadaşının yalnızca uzmanlık anlamında işe uygun olmamasından değil, ruhen de uygun olmamasından kaynaklanabileceğini belirtmeliyiz.

İşverenin işçiyi koruma borçları kapsamında “Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.” hükmünden de yola çıkılarak belirtmeliyiz ki, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na göre de, işveren işçilere iş verirken, işe uygunlukları da dahil olmak üzere, onların yeterliliklerini de göz önüne almak mecburiyetindedir⁷⁴⁹. Dolayısıyla kanaatimizce

⁷⁴⁷ Ralph Kramer/Frank K. Peter, **Arbeitsrecht: Grundkurs für Wirtschaftswissenschaftler**, 3. bs., Berlin – Heidelberg, Springer Gabler, 2014, s. 34 vd.; Klaus Sakowski, **Arbeitsrecht: Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler**, Berlin – Heidelberg, Springer Gabler, 2014, s. 36 vd.

⁷⁴⁸ Bkz. Ulsan, **a.g.e.**, s. 1, “...Gözetme borcu, işverenin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçisini korumak, onun çıkarları doğrultusunda gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almak, işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zarar verici davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülüklerden oluşur...”.

⁷⁴⁹ Bkz. İSGK md. 4: “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

bu gibi örneklerde, işverenin işçiyi koruma borcu ve risklerin ağırlığı dikkate alındığında, ortaya çıkacak zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması yerinde olacaktır⁷⁵⁰. Zarar gören çalışanın, bu gibi örneklerde yalnızca doğrudan zarar veren diğer çalışana değil, aynı zamanda onu istihdam eden (zarar görenin kendi işverenine) kişiye de, zararlarının karşılanması talebini yöneltebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki, işverenin işçiyi gözetme borcunun, edim yükümlülükleri tasnifi içerisinde asli bir edim yükümlülüğü olarak konumlandırılması gerektiği de nazara alınmaktadır⁷⁵¹.

Yine farklı bir örnekte ise, işverenin işçilerinden birisi tarafından bir yabancı kökenli işçinin masasına anonim olarak, “evine dön” şeklinde yazıların yazıldığı bir somut vakıa üzerinden, mobbing ve zorbalık değerlendirmesi yapılabilecektir⁷⁵². Esasen burada işverenin, çalışan personeline yapılmış bu gibi fiiller karşısında bir koruma yükümlülüğünün olduğu ifade edilmektedir⁷⁵³. Böyle bir durumda, işverenin bir koruma yükümlülüğünü ihlal etmesi gibi bir durumun söz konusu olduğu sonucuna varılır ise, elbette buna göre hareket edilerek işverenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak kanaatimizce, bu somut olaydan yola çıkılarak bir genelleme yapılması ve işverenin öngöremeyeceği diğer işçi fiillerinden dolayı tüm şartları ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa hükmetmemek gerekir. Ancak “işverenin bu potansiyele sahip kişileri şahsen bilmesi, bu kişilerin daha önce bu gibi fiillerde bulunmuş olmaları, diğer işçilerin bu gibi işçiler hakkında işverene malumat vermeleri vs.” gibi hallere rağmen işverenin, ırkçılık, sözlü veya fiziksel taciz ya da herhangi bir şekilde önleyebileceği taşkınlıklara sebebiyet veren kişileri iş ilişkisi ve iş sahası içerisinde tutması, duruma müdahil olmaması ve bu işçileri diğer işçilerin iş alanına müdahale edebilecek şekilde istihdam etmesi halinde, bu kişilerden

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır...”.

⁷⁵⁰ Bkz. Karahasan, **Sözleşme**, s. 559.

⁷⁵¹ İnc. Uluşan, **a.g.e.**, s. 18 vd.

⁷⁵² Sakowski, **a.g.e.**, s. 39: “...Der türkische Arbeitnehmer AN wird „gemobbt“. Beispielsweise werden an seinem Arbeitsplatz anonym Schilder mit Aufschriften wie „Go home!“ und dergleichen aufgehängt. Der Arbeitgeber unternimmt nichts...”.

⁷⁵³ Sakowski, **a.g.e.**, s. 39.

doğabilecek bu gibi taciz, hakaret vs. kapsamlı zararlardan dolayı ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince de sorumlu olabilmesi gerektiğini ifade etmek gerekir⁷⁵⁴.

Kanaatimizce, iş hukuku ilişkileri kapsamında burada ele aldığımız gibi örnekler değerlendirilir iken, ikili bir ayrıma gitmek yerinde olur. Dolayısıyla, işverenin işçilerinden birinin bir diğerine verdiği zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğup doğmayacağına karar vermek için, zararı veren davranışların işçinin görevi ile ilgili bir husustan mı kaynaklandığı, yoksa o iş veya işçinin görevi ile herhangi bir bağlantısı olmayan fiillerden mi kaynaklandığı incelenmelidir. Bu durumda, işçinin zarar verici davranışları, kendisine verilen işin icrası ile fonksiyonel bağlantı içerisindeki fiillerden ise bu durumda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulanmalıdır. Ancak eğer, işçinin diğer işçiye zarar veren davranışları, örneğin hakaret gibi, kendisine verilen iş ile hiçbir bağlantısı olmayan fiillerden oluşuyor ise, bu durumda yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu durumu öngörebilecek veya engelleyebilecekti ise işverenin sorumluluğu TBK md. 112 veya TBK md. 116'ya göre değerlendirilmeli, diğer hallerde ise TBK md. 66'ya göre sorumluluk şartları incelenmelidir⁷⁵⁵. Dikkat edilmelidir ki, buradaki gibi bir

⁷⁵⁴ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, kural olarak borçlunun kusuru aranmıyor olsa da, burada borçlunun da ayrıca kusurlu olabileceğini eklemek gerekir.

⁷⁵⁵ Farklı olarak, bir işçinin bir diğerine yaptığı ve iş ile herhangi bir bağlantısı olmayan fiillerden işverenin sorumluluğu değerlendirilir iken, hem TBK md. 66'nın hem de TBK md. 116'nın şartlarının bir denge kurmak açısından kıyasen uygulanabilmesi de farazi olarak ele alınabilir. Bu nedenle bunun gibi, iş sözleşmesi içerisindeki kişiler arasında doğan benzer örneklerde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması, ancak TBK md. 66 anlamında kurtuluş kanıtı imkanının ve TBK md. 116 anlamında farazi kusurun ortak değerlendirilmesi ve her ne kadar yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğumunda hakim görüşe göre borçlunun farazi kusuru gerekli ve yeterli olacak iken, TBK md. 66'nın sunduğu kurtuluş kanıtlarını sunabilen işverenin sorumluluktan kurtulması da düşünülebilir. Zira bu şekilde bir çözüm, hem yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun koruma gayesini aşmamak, hem de aralarında borç ilişkisi bulunmayan kişiler arasında uygulanacak olan adam çalıştırmanın sorumluluğunun mağdur açısından nispeten az elverişli yapısını aşmak anlamında orta yolu bulabilir. Gerçi bu kavramların aynı olaylar için bir arada kullanılması, adam çalıştırmanın sorumluluğu kavramı ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramlarının temellerine aykırı düşmektedir. Ancak, Yargıtay'ın birçok kararında bu iki kurum, aynı hükmün devamı gibi ele alınabilmektedir. bkz. YHGK, 15.06.1994 T., 1994/11-178 E., 1994/398 K.: "...Ayrıca davalı Banka, adam çalıştırıcı sıfatı ile de sorumludur. Bilindiği gibi adam çalıştırıcının sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklenmiştir. Adam çalıştırıcının sorumluluğu kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız

(zarar verici fiillerin işle fonksiyonel bir bağlantısı olup olmadığının incelenmesi vs.) durum, yalnızca iş ilişkisindeki işçiler ve işveren arasındaki somut durumda yaptığımız bir yorumdur. Yoksa, yardımcı kişinin davranışlarının kendisine verilen işle ilgili veya tamamen ilgisiz fiiller olmaları, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta önem arz etmez. Her iki durumda da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğar.

Benzer şekilde iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçinin ayrımcılıktan korunmasına yönelik olarak, bu işçiye iş sözleşmesi kapsamında ayrımcılık yapılmasının işverenden değil, ancak bir şekilde iş ilişkisine dahil olmuş bulunan diğer kişiler tarafından yapılmış olması halinde, adam çalıştıranın ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun değerlendirilmek suretiyle sorumluluk yoluna gidilebileceği de ifade edilmektedir⁷⁵⁶. Diğer taraftan, işçilerin zarara uğradıkları somut olaylarda, zararı doğuran fiillerin mutlaka işverenin istihdam ettiği ve işverene tabiiyet bağıyla bağlı çalışanlar tarafından meydana getirilmesi de gerekmemelidir. Dolayısıyla, işverenin rızası ile iş alanına dahil edilmiş kişilerin işçilere zarar vermesi halinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulanabilmelidir. Örneğin, fabrika, büro, atölye, bahçe vb. bir yerde çalışan işçilerin, bu alana borçlunun (işverenin) rızasıyla sokulan tamirci, boyacı vs. gibi başka üçüncü kişiler tarafından verilen (yangın çıkarmaları, işçilerden birisinin kafasına çalışma

olarak doğmaktadır. Sorumluluğun doğması için objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir. Adam çalıştıran, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş olmasını arayacaktır (Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Prof. Fikret Eren, Cilt: 2-4 bası, sh.160). Banka benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı, sahte imza asıl imzaya çok benziyordu onun için kendisi yanılmıştır diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, tabiki bir grofoloji uzmanını istihdam etmiyecektir ancak çekildiği tarih itibariyle dahi yüksek meblağ içeren bir paranın talimat ile istenmesi halinde dışardan bir uzmanın yardımına pekala başvurabileceği gibi, mudiye telefon, faks vs. ile durumu duyurmak suretiyle basiretli bir tacir gibi sahteciliği önleyici tedbirlere başvurabilirdi. Bu en basit tedbirlere başvurmaması Bankanın objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir. Davalı bankanın, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icap eder.

Somut olayda, davalı banka, davacı ile dava dışı "M.A."nın Bankayı dolandırmak amacıyla iş ve gönül birliği yaptıklarını ne iddia etmiş, ne de bu konuda bir kanıt ibraz edebilmiştir. O halde BK.100. madde doğrultusunda bir kurtuluş kanıtı getirememiştir..." (KİB).

⁷⁵⁶ Sakowski, a.g.e., s. 15.

malzemelerini düşürmeleri, işçilerin soyunma odasında çalışan bu gibi kişilerin hırsızlık yapmaları vs.) zararlardan dolayı, işverenin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gidebilmeleri gerekir.

Devlet operasında sahne almak üzere anlaşma yapan sanatçının, provalar sırasında sahne amiri tarafından yapılan ihmali davranış neticesinde yaralanması olayında, zararı veren de, zarara uğrayan da, aynı kişinin yardımcıları konumunda olsa bile, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması gerekecektir⁷⁵⁷. Yine bir şirketin çalışanlarından olan herhangi bir kişinin, şahsi arabasını şirket binasının bahçesindeki her zamanki yerine park ettiği bir olayda, şirket binasının duvarlarını boyayan üçüncü kişi işçilerin (veya şirketin kendi işçilerinin), püskürttükleri boyanın arabanın kaportasına gelmesi olayında, bu kişileri çalıştıran kişinin de, (arabası zarar gören çalışana karşı) bu zarar verici eylemden dolayı sorumlu olması, tüm bu belirttiğimiz prensiplerin neticesinde ortaya çıkacak olan bir başka örnektir. Bu örnekte görüldüğü üzere işveren, işçisine karşı olan bir borçla alakası olmayan bir yardımcı kişi fiilinden dolayı da TBK md. 116 uyarınca sorumlu kabul edilebilir. Zira, zarar veren boyacıları çalıştıran kişi (işveren) ile zarar gören (arabası boyanan işçi) arasındaki hukuki bağ, işverenin hakimiyet alanındaki bu gibi fiillerden dolayı sorumlu olmasını gerektirir; ki buradaki sorumluluk TBK md. 66'ya göre değil, TBK md. 116'ya göre incelenmelidir.

b. Üçüncü Kişinin Bizzat İfaya Katılması

Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlulukta aranan şartlardan bir diğeri ise, yardımcı kişi olarak nitelendirilen şahsın ifaya fiilen de katılmış olması şartıdır⁷⁵⁸. Zira yardımcı kişilerin fiillerinde sorumluluk için yalnızca yukarıda ifade ettiğimiz şartın sağlanması, yani borçlunun üçüncü bir kişinin borca katılımına açıkça veya zımni olarak rıza göstermesi yetmemekte, aynı zamanda borçlunun yardımcı kişinin bizzat borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına da temas etmesi

⁷⁵⁷ Serozan, C. III, s. 437 vd.

⁷⁵⁸ Kahveci, a.g.e., md. 116, Pn. 24.

gerekmektedir⁷⁵⁹. İfaya fiilen katılma şartının varlığı kanunda açıkça ifade edilmiyor olsa da, yorum yoluyla bu sonuca varmaktayız.

Bir borcun ifasında fiilen yer alacak olan yardımcı kişinin, bütün bir ifa sürecinde, borcun tamamı için görevlendirilmiş olmasına gerek yoktur ve borç ilişkisindeki bir borcun tamamının⁷⁶⁰ veya belirli borcun yalnızca bir kısmının⁷⁶¹ içerisinde yer alması, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından birisinin tamamlanması için yeterlidir⁷⁶². Bunun yanında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk durumunun ortaya çıkabilmesi için, ifa faaliyetlerine katılan yardımcı kişinin bu işi kimin için yaptığının ayırdında olmasına da gerek yoktur⁷⁶³. Dolayısıyla, girdiği daireyi, kiralayanın kendi mülkü zannederek kullanan veya ödünç alınan bir şeyi, ödünç alanın kendi eşyası sanarak kullanan ve buna zarar veren kişinin fiillerinden de, boyanması gereken duvarın borçlunun duvarı olduğunu zannederek boyayan veya tamir edilecek eşyayı onu tamire getiren kişinin eşyası sanarak tamir eden kişinin fiillerinden de borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri kapsamında sorumlu olmalıdır. Zira örneğin, şeye gelen zararın ortaya çıkarılmasında etkisi bulunan kişiler arasındaki ilişki veya saikler, alacaklıyı ilgilendirmeyeceği gibi, zarar verenin buradaki bilgisizlikleri de borçluyu sorumluluktan kurtarmaz.

Bunun dışında, borcun ifası kavramının da geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmeliyiz. Şöyle ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet veren üçüncü kişi fiilleri, yalnızca doğrudan borcun özel bir ifa anıyla sınırlı kalmamalı; hazırlık faaliyetleri olarak da adlandırabileceğimiz aşamalar da, gerektiğinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir⁷⁶⁴. Bu noktada, belirli bir malın satışından önceki üretim

⁷⁵⁹ Koller, **101**, s. 49.

⁷⁶⁰ “ganze Erfüllungstätigkeit”.

⁷⁶¹ “einzelne Erfüllungshandlungen”.

⁷⁶² Koller, **101**, s. 34; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 24.

⁷⁶³ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 91; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1428.

⁷⁶⁴ Koller, **101**, s. 43 vd.

aşamalarının hazırlık faaliyeti olarak değerlendirilmeyeceğinin de, bir görüş olarak belirtildiğini ifade etmek gerekir⁷⁶⁵. Teorik olarak düşünüldüğünde gerçekten de, henüz bir alım satım⁷⁶⁶ ilişkisi kurulmadan önce bir üçüncü kişi tarafından üretilmiş bir ürünün, daha sonradan alıcı tarafından alınması durumunda, satıcının mevcut ayıplar bakımından sorumluluğuna gidilmek gerektiği akla gelecektir. Ancak kanun koyucu, ayıplı bir ürün karşısında yalnızca alacaklının o satılan şeye ilişkin menfaatlerini dikkate almamış, alıcıya seçimlik hakların⁷⁶⁷ verildiği TBK md. 227’de aynı zamanda “...Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır...” hükmü üzerinden de teşhis edileceği üzere, bu şeyden doğabilecek diğer zararların da genel hükümler kapsamında tazmin edilebilmesi imkanının varlığını ortaya koymuştur⁷⁶⁸. Dolayısıyla, bu gibi bir durumda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğup doğmadığının araştırılmasına gerek bulunmayacak ve satım konusu şeyden doğabilecek zararlardan dolayı satıcı her halükarda (satılndaki ayıpları bilse de bilmese de⁷⁶⁹) sorumlu olacaktır. Bu itibarla esasen ayıba ilişkin hükümler meseleyi pratik anlamda çözmüş görünmektedir⁷⁷⁰.

⁷⁶⁵ Koller, **101**, s. 43; Üretici, reklamcı, toptancı gibi edimin hazırlanması faaliyetlerinde görev alarak, arka planda bulunan kişilerin TBK md. 116 anlamında yardımcı kişi sayılmadıklarına ilişkin bkz. Serozan, **C. III**, s. 288, Pn. 6; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 16.

⁷⁶⁶ Ayr. inc. yuk. “Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi” başlığı.

⁷⁶⁷ Seçimlik haklar için kısaca bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 83 vd. ve s. 363 vd.; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 133 vd.

⁷⁶⁸ Çetiner, **Ayıp**, s. 110 vd.

⁷⁶⁹ Bkz. TBK md. 219/2 “*Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur.*”.

⁷⁷⁰ Ancak, bahsettiğimiz bu, ayıba ilişkin koruyucu hükümlerin olmadığı varsayımında da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilmesi için, kanaatimizce iki neden sayılabilir. Bu örneklerden ilki, alıcı ile satıcı arasındaki borç ilişkisinin kurulmasından önceyi, diğeri ise sonrayı ele almaktadır. İlk olarak, haklı şekilde, üretilen şeyin üretim faaliyetlerinin alacaklı ile borçlu arasındaki satış sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleştiğini ve üretici olarak ifade ettiğimiz yardımcı kişilerin fiillerinin, bir borç ilişkisi kapsamında olmaktan uzak olduğu eleştirisini, yukarıda ifade ettiklerimizden anlamaktayız. Buna karşılık kanaatimizce, nasıl ki (borçlu ile yardımcı kişi ilişkisi bakımından) vekaletsiz iş görme ilişkisi bulunan örneklerde borçlunun ifaya onay vermesi halinde, borçlu yardımcı kişinin fiillerini hem olumlu hem de olumsuz yanlarıyla kabul etmiş oluyor ve doğal olarak da ortaya çıkan zararlara birlikte geçmişe dönük olarak kabul etmiş sayılarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından sorumlu olabiliyorsa, burada da yardımcısının ürettiği ürünü daha sonrada alıcıya satan borçlunun, geçmişe dönük olarak yardımcısının ürettiği ürünlere (başlangıçta onay vermiş olsun veya olmasın) icazet verdiği mantığı yürütülerek, yardımcı kişinin borç ilişkisi öncesi faaliyetleri borç ilişkisi kapsamına dahil edilebilirdi düşüncesindeyiz.

Ayıp hususunda bir noktayı daha ifade etmekte yarar vardır. Şöyle ki, bir borçlu/satıcının yalnızca satış sözleşmesi ifa edildikten sonra kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumluluğunun doğabileceğini atlamamak gerekir⁷⁷¹. Örneğin, gizli veya açık bir ayıp barındıran ürün karşısında alacaklının ücretsiz onarım talep etmesi durumunda, borçlunun işçilerinin satılan makineyi onarmak için alıcının atölyesine geldiklerini düşünelim. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından kabul ettiğimiz görüşler ve bakış açısı doğrultusunda burada da, işçilerin atölyede verdikleri bir zarardan (başka bir makineye, elektrik tesisatına vs.) ötürü borçlu sorumlu olacaktır. Bunun yanında, eğer alacaklı satılan şeyi geri vermek istemiyor, onu elinde tutmak istiyorsa ve bu işçiler onu onarmak yerine daha fazla zarar vermişler ise bu durumda, bu zararlardan da borçlunun sorumluluğunun doğduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle yenisiyle değiştirme imkanının olmadığı ve alacaklının da özel olarak o şeyi kullanmakta menfaati olduğu somut bir örnekte durum ayrıca önem kazanacaktır.

İkinci olarak, örneğin yardımcı kişinin ürettiği bir bilgisayar, telefonu, bir yazılımı vb. ürünleri satan bir borçlunun, satış sözleşmesinden sonraki durumunu ele alalım. Bu ürünlerin satıcı/borçlu tarafından varlığı garanti edilen niteliklerin tam olduğunu ve yok olduğu belirtilen kötü niteliklerin ise üründe olmadığını, ancak buna rağmen satıcının bilgisi olmadan (ürünü/yazılımı vs. geliştiren mühendis gibi) çalışanlarından birinin, ürüne yerleştirdiği yazılımla, kullanıcıların kişisel bilgilerinin, bankacılık bilgilerinin vs., bu çalışanlarca sürekli ele geçirilebildiğini düşünelim. Burada da (dar yorumlanan bir yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesi anlamında), esasen borç ilişkisinin tamamlandığı, alım-satım ilişkisinin tarafların borçlarını ifa ettikleri ve bu noktadan sonra yardımcıların fiillerinin (satımdan sonra ürün üzerinden kişisel bilgileri ele geçirmeleri gibi) borç ilişkisi kapsamında olmadığı dolayısıyla da, ancak yardımcı kişilerin kişisel sorumluluğunun doğması gerektiği sonucu çıkabilirdi. Zira bu durumda (dar bir teori çerçevesinde) borç ilişkisinin sona erdiği ve yardımcı kişilerin zarar doğurucu fiillerinin de, borcun ifasından sonra ortaya çıktığı savunması ile borçlu kendini kurtarabilirdi. Ancak kabul ettiğimiz (gerek culpa post pactum perfectum gerek diğer gerekçelerle) daha geniş yoruma göre ise, bu tarz somut örneklerde her ne kadar ana borç ilişkisi tamamlanmış olsa da, borç ilişkisine ait hükümlerin ve dolayısıyla da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanması uygun olacak idi.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun uygulanma çerçevesi hususundaki bakış açımızı belirtmek üzere vermiş olduğumuz bu iki varsayımsal/kurgu örnekten yola çıkarak: pozitif hukuk açısından Türk Borçlar Kanunu'nun aşıptan sorumluluk hükümleri kapsamında borçlunun, ve hatta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ithalatçı, üretici gibi diğer kişilerin dahi sorumluluğuna gidebilmemiz mümkündür. Bunun yanında dikkat çekmek istediğimiz üzere, ayıba ilişkin bazı hükümlerin olmaması durumunda da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunu işletmenin mümkün ve gerekli olabilecek olduğunu tekrarlamak gerekir. Ancak, bahsi geçen hususlar bakımından, pozitif hükümlerde düzenlenen ayıp hükümleri, özel olarak gerekli korumayı sağlamaktadır.

⁷⁷¹ Gerçi, satılanın ayıplı olduğu düşüncesinde, geniş anlamda borcun ifa edilmiş olmadığı, gereği gibi ifa edilmemiş olduğu durumu ortaya çıkacaktır.

Yine örneğin, aynen tazmine⁷⁷² karar verilmesi gibi bir durumda, aynen tazminde kullanılan kişilerin zarar görene tekrar ve başka zararlar vermeleri halinde de, yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması gerekebileceğini söylemek gerekir. Şöyle ki, alacaklının fabrikasına nakledilmesi gereken malların, nakliye yapan borçlunun işçileri tarafından kaçırılması ve başka bir yere boşaltılması gibi bir olayda, hakim (varsa diğer zararların tazmini ile birlikte) malların borçlu tarafından sözleşmedeki yere nakledilmesine de karar vermesi ve borçlunun bu konuda görev verdiği yeni yardımcılarının, araçta sigara içmek suretiyle malların da yanmasına sebep oldukları durumda, yine yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk meydana gelecektir⁷⁷³. Küçük bir ihtimal olsa da, nakden tazmine karar verilmesi durumunda da, aynı hususların meydana gelebileceğini, en azından teorik olarak ifade edebiliriz.

Diğer taraftan, borçlu tarafından ifayla görevlendirilen yardımcı kişinin, kendisine verilen görevi hiç yerine getirmemesi durumu ayrıca değerlendirilmelidir⁷⁷⁴. Bu durumda, yardımcı kişinin daha önceden borçlu ile aralarındaki anlaşmalar dolayısıyla işi kabul etmek zorunda olması veya kendisine verilen işi kabul etmesine rağmen işi hiç yapmaması ve hatta işi yapmaya dahi gitmemesi nedeniyle ifanın gecikmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı, yardımcı kişi görevlendiren kişi, kendi kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır ve TBK md. 118⁷⁷⁵ gereğince gecikmeden doğan zararları karşılamalıdır⁷⁷⁶. Borçlunun borcu ifa edecek yeterli yardımcı kişi gücü olmamasına rağmen bir işi kabul etmesi ve bunun neticesinde yardımcı kişilerin bu işe yetişememeleri durumunda da, yine aynı

⁷⁷² “Naturalrestitution – tabii yoldan eski hale getirme”, “Naturalwiederherstellung – tabii yoldan yeniden yaratma”, “Naturalersatz – tabii yoldan tazmin”, kavramlar için bkz. Nomer, **Tazminat**, s. 37.

⁷⁷³ Bkz. Karahasan, **Sözleşme**, s. 544.

⁷⁷⁴ Ayr. bkz. Theo Guhl/Hans Merz/Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 8. bs., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, s. 230.

⁷⁷⁵ “Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”.

⁷⁷⁶ Koller, **101**, s. 50; Şenocak, **Yardımcı**, s. 163.

prensiple doğrudan borçlunun sorumluluğu doğacaktır⁷⁷⁷. Elbette borçlu da özellikle işi kabul başta olmak üzere, sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmeyen yardımcı kişiye karşı, zararlarının karşılanması talebini yöneltecektir.

Yine farklı bir örnek vermek gerekir ise, dizi yapımcısı bir gerçek veya tüzel kişi ile bir televizyon kanalının, özellikle bazı ünlü oyuncuların rol aldığı dizinin yayın haklarına dair anlaşma yaptığı bir durumda, (yapımcının maaşları ödememesinden veya kendi kişisel durumlarından dolayı) yayıncı için olmazsa olmaz bu ünlü oyuncuların gelecek bölümlerde yer almamak üzere diziyi terk etmeleri halinde ise, yine sözleşmenin feshi veya temerrüt hükümleri gündeme gelebileceğinden, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun ayrıca değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır.

Ancak işçinin işi yapmaması, bazı somut durumlarda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında da karşımıza çıkabilir. Örneğin, işverenin işçiyi koruma borcu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında işverenin istihdam ettiği işyeri hekiminin işyerini özürsüz ve zamansız bir şekilde terk ettiği bir süre zarfında doğmuş olan bir zararın, hekimin bulunmaması nedeniyle artması gibi bir somut örnekte ise işveren, alması gereken önlemleri almamasına dayanıyorsa zararlardan bizzat sorumlu olduğu gibi, aynı şekilde işyeri hekimini hazır bulunduramadığı bu durumda, işyeri hekiminin görevini terk etmesi sebebiyle artan ve iş yeri hekimi olsaydı önlenebilecek zararlardan da, yardımcı kişilerin (ihmalî) fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre de sorumlu olmalıdır.

Bunların dışında, kendisine borç ilişkisi içerisinde görev verilen kişinin görevinin, yapma tarzında olumlu edimlerden oluşabilmesi yanında, kaçınma gibi yan yükümler bakımından da geçerli olabileceği belirtilmiştir⁷⁷⁸. Yardımcı kişinin bahsettiğimiz bu olumsuz nitelikteki yükümlülüklerini, belirli bazı olumlu fiillerle ortaya koyabileceği ifade edilmektedir; ki yardımcının önemli bazı belgeleri

⁷⁷⁷ Koller, **101**, s. 50.

⁷⁷⁸ Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 22; Şenocak, **Yardımcı**, s. 163; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 93; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 6; inc. Koenigs, **a.g.e.**, s. 23.

saklamak için yaptığı fiiller veya bazı ürünlerin belirli fiyatların altında satılmaması için kasaya bir not ilâştirmesi gibi eylemler, bu kuruma örnek gösterilmektedir⁷⁷⁹. Yine bir tedarikçinin mandıralardan süt temin edeceği bir olayda, belirli bir bölge dışından süt kabul etmemesi ve almaması gerekmesi de olumsuz bir kaçınma borcu örneği olarak verilebilir⁷⁸⁰.

Diğer taraftan, bir borç ilişkisine davet edilen üçüncü kişinin, olumlu olarak tabir edilen yapma edimlerini yerine getirmemesinin de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebileceğinde şüphe bulunmaması gerekir⁷⁸¹. Örneğin, bir güvenlik görevlisinin kontrol görevini yerine getirmemesi neticesinde okula sokulan bir patlayıcının infilak etmesiyle, bir öğrencinin veya onunla birlikte borç ilişkisine yakın olan ve o sırada okulda bulunan velisinin bir zarar görmesi; bir antrepodaki bekçinin görev yerinde uyuması veya vardiyasının dolduğunu düşünerek görevi teslim etmeden işi bırakması neticesinde yaşanan hırsızlık olayı; özel bir hastanedeki hemşirelerin yoğun bakımda yatmakta olan hastayı unutup sırf uzun süre kontrol etmemeleri neticesinde hastanın vefat etmesi; internet üzerinden hizmet verecek olan bir alışveriş sitesinin, tasarım ve yazılımının yapılması konusunda bir şirketle anlaşmaya varıldığı bir olayda, yazılımcıların sitenin güvenliğine ilişkin noktalarını atlamaları neticesinde zararlar meydana gelmesi ve bunlar gibi artırabileceğimiz benzer olaylarda da, (hiç veya gereği gibi) yerine getirilmeyen fiillerden kaynaklanan ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet veren örnekler söz konusudur⁷⁸².

⁷⁷⁹ Delmere, **a.g.e.**, s. 214.

⁷⁸⁰ Delmere, **a.g.e.**, s. 214.

⁷⁸¹ Örneğin, somut borç ilişkisinde, herhangi bir tedbiri almakla görevli bir yardımcı kişiyi görevlendirmiş olan gerçek veya tüzel kişi, bu kişinin “eylemsizliğinden” doğan zararlardan dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olacaktır, Hatemi, **C. II**, s. 35, Pn. 28.

⁷⁸² Bu şekilde, yardımcı kişilerin ihmal suretiyle verdikleri zararlardan dolayı sözleşmenin ihlal edilmiş olacağına ilişkin kabul D. 9, 2, 27, 9 (Ulpianus’un Edictum’unun sekizinci kitabından): “Eğer bir kiracının fırında görevlendirdiği kölesi onun (ateşin) önünde uyursa, ve ev yanarsa; Neratius der ki, eğer o hizmetindeki kişilerin seçiminde kusurlu ise kiraya ilişkin dava açıldığında zararları tazmin etmek zorundadır.” şeklinde tercüme edebileceğimiz Roma hukuku metninden de anlaşılacağı üzere, öncelerden beri kabul edilmektedir ve burada kira sözleşmesinden doğan

Konuyla örnek gösterebileceğimiz, Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, sahte vekaletname sunan kişiye bir başkasına ait olan mevduat hesabındaki paraların verilmesine dair durumda, her ne kadar banka çalışanının aktif bir hareketi ile doğrudan sözleşmenin karşı tarafına bir zarar verme kastı veya ihmali olmasa da, pasif olarak, yerine getirmesi gereken hususları (olması gerektiği gibi özenli inceleme yapması gerekliliği) yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan dolayı, bankanın da sorumlu olduğu ifade edilmiştir⁷⁸³.

D. Yardımcı Kişinin Fiilleri Sebebiyle Alacaklının Bir Zararının Ortaya Çıkmış Olması

1. Genel Olarak

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerekli bir diğer olmazsa olmaz şart da, ifaya fiilen katılan yardımcı kişinin fiilleri neticesinde, alacaklının bir zarara uğramış olmasıdır⁷⁸⁴.

borçların yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır, Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D9_Scott.htm#II, szt. 29.11.2017; bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 104, Zimmermann, **Roman**, s. 377, Knütel, **a.g.e.**, s. 399: “D. 9, 2, 27, 9 (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit:...” (metnin devamı için bkz. çvr. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/aquilia.html>, szt. 10.07.2017).

⁷⁸³ Yarg. 11. HD, 22.06.2000 T., 2000/2750 E., 2000/5822 K.: “...Davacı vekili, müvekkilinin davalı bankadaki mevduat hesabında bulunan 5000 Doların sahte vekaletname ibraz eden ... isimli bir kişiye ödendiğini, bu olayda bankanın kusurlu olduğunu ileri sürerek 5000 USD'nin olay tarihinden itibaren yıllık %10 faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiştir...

...Mahkemece, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacının mevduat hesabından vekaletname ibraz edilerek para çekilmesi olayında davalı bankanın kusurlu davrandığı, zira vekaletnamedeki nüfus cüzdanı bilgileri ile davacının hesap açılırken ibraz ettiği nüfus cüzdanı bilgileri karşılaştırılmış olsaydı nüfus cüzdanının tanzim tarihi ve seri numaralarının farlı olduğunun anlaşılabileceği, oluşan zarardan davalı bankanın sorumlu bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...” (KİB).

⁷⁸⁴ Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 2; Şenocak, **Yardımcı**, s. 170 vd.; Becker, **Obligationenrecht**, Art. 101, Pn. 12 vd.

Esasen zarar şartı, haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, sözleşmeden doğan sorumluluk anlamında da sorumluluğun genel şartlarından birisi olarak karşımıza çıkacaktır⁷⁸⁵. Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için, ortada bir fiilin (aktif veya pasif) bulunması, fiilin hukuka aykırı olması⁷⁸⁶, fiil ile netice arasında uygun bir illiyet bağının sağlanabiliyor olması ve (kast veya ihmâl derecesinde) kusurun bulunması şartlarının yanında, elbette ortada bir zarar söz konusu olması şartı aranmaktadır⁷⁸⁷.

Zarar ise en çok kullanılan ayrıma göre, maddi ve manevi zarar olarak ayrılmakta⁷⁸⁸, maddi zarar için, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen ve o kimsenin iradesi dışında gerçekleşen bir azalma⁷⁸⁹, manevi zarar için ise bir kimsenin duyduğu ruhsal acı ve elem tanımlamaları yapılmaktadır⁷⁹⁰. Zararın bundan başka çeşit ve ayrımları da elbette mevcuttur. Bu konuda detaylı inceleme aşağıda yapılacaktır.

Yine haksız fiillerden sorumlulukta olduğu gibi sözleşmeden doğan sorumlulukta da (temerrüt faizi, cezai şart gibi durumları ayrı tutacak olursak), kural olarak bir zararın meydana gelmiş olması aranmaktadır.

İşte, ister haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, sözleşmeden, ister kanundaki herhangi başka bir hükümden doğsun, bir borç ilişkisinin ifasında veya bu borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında rol alan yardımcı kişilerin fiillerinden

⁷⁸⁵ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, Pn. 1208 vd.; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 293; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 11.

⁷⁸⁶ Zahit İmre, **Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 16.

⁷⁸⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 11 vd.; Nomer, **Genel**, s. 138, Pn. 99; Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 24 vd.

⁷⁸⁸ Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 19.

⁷⁸⁹ Bucher, **a.g.e.**, s. 341 vd.; Ergüne, **Zarar**, s. 9; Atamer, **Haksız**, s. 32; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 293; O. Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması: Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 229.

⁷⁹⁰ Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S. 1, 1973, s. 8; Antalya, **Tazminat**, s. 228 vd.

sorumluluk için, alacaklı kişi üzerinde bir zarar meydana gelmesi şartı aranacaktır⁷⁹¹. Ayrıca, üçüncü bölümde ele alınacağı üzere⁷⁹², bazı somut olaylarda, doğrudan alacaklı değil, alacaklıyla birlikte edime yakın diğer kişilerin zarar görmesi de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğurabileceğinden, alacaklı zarar görme de, diğer bazı kişilerin zarar görmesinin de, bu sorumluluğun doğmasına sebebiyet verecek zarar şartını tamamlayacağını söylemek gerekir.

Aşağıda, ele aldığımız bu zarar şartının, hangi fiiller sonucu meydana gelmiş olan, hangi zararlar için kabul gördüğüne ilişkin çeşitli görüşler incelenecektir.

2. Yardımcı Kişinin Alacaklıya Zarar Veren Davranışlarına İlişkin Doktrinde Yer Alan Görüşler

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusunun en önemli noktalarından birisini, yardımcı kişilerin hangi fiillerinden, hangi kapsamda, hangi zararlar bakımından sorumlu olunacağını tartışıldığı bu konu oluşturmaktadır. Bu durum, bu konuda farklı dayanak noktalarına sahip görüşlerin çeşitliliğiyle de kendini göstermektedir.

a. Sorumluluk Doğuran Yardımcı Kişi Fiillerini İfa Zamanı, Borca Aykırılık, Saik Gibi Noktalarda Sınırlandırma Yönündeki Görüşler

Doktrindeki zararın kapsam ve niteliğine ilişkin görüşlerden ilkinde göre⁷⁹³, borçlunun, yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için;

- öncelikle zararın işin yardımcı kişiler tarafından görülmesi esnasındaki fiillerden

⁷⁹¹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 170 vd.; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 2.

⁷⁹² İnc. B. III: IV/B/3.

⁷⁹³ Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 239; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 896; inc. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 26.

doğması⁷⁹⁴,

- fiiller ile borçlunun yardımcı kişiyi görevlendirdiği iş arasında bir bağ-ilişkinin bulunması⁷⁹⁵ ve

- son olarak bu fiiller neticesinde ortaya çıkan durumun, ifanın imkansızlığına sebebiyet verme, gereği gibi ifa edememe, temerrüt gibi borca ilişkisine aykırılık teşkil etmesi,

şartlarının gerçekleşmesi gerekecektir⁷⁹⁶.

Görüldüğü üzere bu görüşe göre, yardımcı kişinin zarara yol açan fiillerinin, kendisine verilen işin ifası esnasında olması yetmeyecek, aynı zamanda zararın görev konusunda yetki verilen iş ile bağlantılı fiillerin icrası kapsamında ortaya çıkması ve sonuç olarak tüm bunların borca aykırılık teşkil etmesi gerekecektir⁷⁹⁷. Dolayısıyla, ifayla doğrudan bağlantısı olmayan bir fiil veya ifa esnasında gerçekleşmiş olsa dahi borca aykırılık teşkil etmeyen fiilden doğan zararların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹⁸. Aynı zamanda bu görüşün somut olayda, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu oluşturacak zararlarla ilgili olarak yersel, zamansal ve objektif bir bağlantının bir arada bulunduğu bir birleşimi de aradığı ifade edilebilecektir⁷⁹⁹.

Bu ilk görüşe örnek vermek gerekirse, arabanın bir taksi şoförüne bırakıldığı ve bu taksi şoförünün de dikkatsiz sürüşü nedeniyle kazaya yol açtığı ve bunun

⁷⁹⁴ Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 53; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 92.

⁷⁹⁵ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 72; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 92; Honsell, **Hilfspersonen**, s. 788; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 5; İnal, **Aykırılık**, s. 598; Ayrıca, TBK md. 66 anlamında sorumluluğun meydana gelebilmesi için de, zarar verenin verdiği zarar ile kendisine verilen iş arasında bir fonksiyonel bağlılığın bulunması gerektiği ifade edilmektedir. bkz. Ögüz, **Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**, s. 838.

⁷⁹⁶ Şenocak, **Yardımcı**, s. 170; bkz. Schäfer, **Gelegenheitsdelikte**, s. 411; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 92; Granitza, **a.g.e.**, s. 24; Karahasan, **Sözleşme**, s. 554 vd.

⁷⁹⁷ Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 239; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 5; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 92; Karahasan, **Sözleşme**, s. 554 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 896.

⁷⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 896; Karahasan, **Sözleşme**, s. 554 vd.

⁷⁹⁹ Koller, **101**, s. 84.

neticesinde de araçtaki yolcunun yaralandığı bir olayda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartları gerçekleşecekken, yardımcı kişinin işin kendisine verildiği amaçlar doğrultusunda hareket ederken değil de, kendi inisiyatifi ile hareket ederken verdiği zararlardan ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluk doğmayacaktır denilmektedir⁸⁰⁰. Bu duruma, bir işverenin işçisinin sigara içmesi neticesinde çıkan yangından dolayı üretimin ve dolayısıyla da işin zarar görmesi örnek verilmektedir⁸⁰¹. Yine, ocağın tamiri için eve gönderilen çırağın, buzdolabının üzerindeki saati alıp kaçması, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet vermezken, ocağın tamiri sırasında yangın çıkartılması durumunda ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk meydana gelecektir denilmektedir⁸⁰².

Bahsettiğimiz bu görüşün sorumluluk şartları göz önüne alındığında, yardımcı kişinin işi icra ederken, bu vesileyle işle (borcu ifa etmek için girdiği evde kombiyi tamir ederken masanın üzerinde duran cep telefonunu da çalması veya ev sahibine karşı sözlü veya fiziksel bir saldırıda bulunması gibi) doğrudan bir bağlantısı olmayan bir fiil ile zarara sebebiyet vermesi hallerinde durum, yalnızca bir haksız fiil olarak değerlendirilecektir⁸⁰³. Konuyla ilgili verebileceğimiz başka bir örneğe göre, bir tur operatörü, aynı zamanda sözleşmeye aykırılık da teşkil etmedikçe, yardımcılarının haksız fiil oluşturan davranışlarından dolayı sözleşmesel sorumluluk kapsamında sorumlu olmayacaktır⁸⁰⁴. Bu durumda ancak (OR art. 55) adam çalıştıranın sorumluluğunun uygulanmasının gündeme gelmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁰⁵. Bu görüş doğrultusunda Yargıtay tarafından verilen kararlarda da, bahsettiğimiz şartların arandığı kararların verildiğini, dolayısıyla zarar verici fiiller ile yardımcı kişiye bırakılan işler arasında bir bağlantının bulunması gerektiğinin

⁸⁰⁰ Koller, **101**, s. 84.

⁸⁰¹ Koller, **101**, s. 84.

⁸⁰² Karahasan, **Sözleşme**, s. 557 vd.

⁸⁰³ Şenocak, **Yardımcı**, s. 173.

⁸⁰⁴ Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 93.

⁸⁰⁵ Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 93.

kabul edildiği belirtilmektedir⁸⁰⁶.

Yine doktrinde ileri sürülen görüşlerden ikinci olarak ele alacağımız görüşe göre, işi tam ve doğru şekilde yapan yardımcı kişinin vermiş olduğu diğer zararlardan dolayı, borçlu sorumlu olmamalı, başka bir ifade ile borçlu, yardımcı kişinin yalnızca doğrudan borcun ifasına yönelik hareketlerinden, dolayısıyla da yalnızca temel anlamda borcu ihlal eden davranışlarından sorumlu olmalı iken⁸⁰⁷; üçüncü bir görüşe göre⁸⁰⁸ ise, görevlendirilen kişinin işi tam ve eksiksiz yapma gibi doğrudan işe ilişkin fiilleri dışında, özen yükümlülüğü gibi hususların da ihlal edilmesi neticesinde doğan zararlardan da, borçlu sorumlu olmalıdır⁸⁰⁹.

Bahsettiğimiz ikinci görüşe göre, örneğin, duvar kağıdı ustasının çırağı, bir evde perdelerin asılması esnasında yanlışlıkla bir aynanın kırılmasına sebebiyet vermesi halinde⁸¹⁰ veya yardımcı kişinin tesisat tamiri için bir eve gönderildiği bir durumda, yardımcı kişinin tesisatı olması gerektiği gibi düzgün şekilde tamir etmesiyle birlikte borç gereği gibi ifa edilmiş olacak ve borçlu, yardımcı kişinin dikkatsizlikle evdeki değerli bir vazoyu kırmış olmasından dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Aynı paragrafta bahsettiğimiz üçüncü görüşe göre ise yardımcı her ne kadar asıl borç konusunu olması gerektiği gibi ifa etmiş olsa da, özen gösterme yükümlülüklerini dikkate almayarak kırmış olduğu vazodan veya vermiş olduğu diğer zararlardan dolayı, borçlunun sorumluluğuna sebebiyet verecektir⁸¹¹.

Ancak, dördüncü bir düşünceye göre ise, yardımcı kişilerin fiillerinden

⁸⁰⁶ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 177 vd. ve dn. 414.

⁸⁰⁷ Burada, sorumluluk kapsamında, (*Positive Vertragsverletzungen*) sözleşmenin olumlu ihlal edildiği hallerin dışarıda tutulduğu ifade edilmektedir.: E. Brodmann, “Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., Insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts**, S. 58, 1911, s. 197 vd.

⁸⁰⁸ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 181; B. Blau, **Verantwortlichkeit für Fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin, 1902, s. 25; C. Redlich, **Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient**, Diss. Greifswald, 1901, s. 55.

⁸⁰⁹ İnc. Şenocak, **Yardımcı**, s. 180 vd.

⁸¹⁰ K. Schneider, “Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts**, S. 53, 1908, s. 2.

⁸¹¹ Ayr. inc.: Brodmann, **a.g.e.**, s. 188 vd.

sorumluluk doğuracak olaylar dar yorumlanmalı ve gerçek yükümlülükler⁸¹² ve gerçek olmayan yükümlülükler⁸¹³ ayrımı yapılmalıdır⁸¹⁴. Dolayısıyla, gerçek olmayan yükümlülükler ayrımına tabi olduğu kabul edilen durumlarda, diğer bir ifade ile, zararların bu yükümlülüklerden doğduğu hallerde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü uygulanmamalıdır. Buna göre, ifası dava edilemeyen bir yan yükümlülüğünün ve buna bağlı olarak, tek başına bir özen yükümlülüğünün, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüyle birlikte değerlendirilemeyeceği sonucunun ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁸¹⁵.

Yine beşinci olarak zikredebileceğimiz bir bakış açısına göre ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verecek olan fiillerin değerlendirilmesinde, zararı doğuran fiillerin ifaya hizmet eden fiiller mi olduğu, yoksa sırf yardımcının (esasen ifa esnasında ve hatta ifa vesilesiyle gerçekleşmiş olsa da) kendi inisiyatifinden mi kaynaklandığına bakılmaktadır denilmektedir⁸¹⁶. Buna göre örneğin, bir kafedeki garsonun müşterinin üzerine kahve döktüğü bir olayda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesi iki farklı soru üzerinden cevaplanmaktadır⁸¹⁷. Saiki ele alan bu bakış açısına göre, garsonun kahveyi dikkasizlik nedeniyle mi, yoksa sırf kişisel bir öç düşüncesiyle bilerek mi döktüğü ayrımı yapmak gerekir⁸¹⁸.

Her ne kadar objektif bir bakış açısı ile yaklaşıldığında, her iki durumda da sorumluluğun doğacağı düşünülse de, subjektif bir bakış açısı ile yaklaşıldığında, ilk durumun bir borç ilişkisi kapsamında ortaya çıkan bir zarar olduğu, ikinci durumda ise ortaya çıkan zararın bir borç ilişkisinin değil, garson ile müşteri arasındaki özel

⁸¹² “echte Verbindlichkeiten”.

⁸¹³ “unechte Verbindlichkeiten”.

⁸¹⁴ Arthur Nussbaum, “Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B. im Vergleich mit dem Gemeinen und Landesrecht”, **Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts**, 1899, s. 271.

⁸¹⁵ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 180.

⁸¹⁶ Klaus-Dieter Schäfer, “Haftung für fremdbezogenes Handeln”, **Monatsschrift für deutsches Recht**, 4-1969, s. 272 vd.; Schäfer, **Gelegenheitsdelikte**, s. 411.

⁸¹⁷ Schäfer, **Fremdbezogen**, s. 272.

⁸¹⁸ Schäfer, **Fremdbezogen**, s. 272.

ilişkinin sınırları⁸¹⁹ içerisinde gerçekleştiği ifade edilmektedir, ki bu ikinci durumda işletme sahibinin sorumlu olmadığını kabul etmek gerekir denilmektedir⁸²⁰. İncelendiğinde, yukarıda yalnızca borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması hallerini ele alan çeşitli görüşlerdeki kadar doğrudan olmasa da, bu son görüşte de, yine paralel şekilde, borcun ifasıyla doğrudan bağlantısı olmayan durumların yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamından uzak tutulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

b. Yardımcı Kişilerin Fiillerine İlişkin Sınırlamaları Büyük Ölçüde Reddeden Görüşler

Yukarıda incelediğimiz görüşlerde yardımcı kişilerin hangi fiillerinden dolayı borçlunun sorumlu olacağı noktasında farklı sınırlamalar bulunmakta idi. Bu kısımda inceleyeceğimiz görüşlerde ise bahsettiğimiz şekilde sınırlamalar yapılmaktan ziyade zarara uğrayan tarafın koruma alanının daha geniş ele alındığını veya başka bir ifade ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şemsiyesinin daha açık tutulduğunu söyleyebiliriz.

Yukarıdaki başlıktaki görüşler ile devam edilir ise altıncı, bu başlık altında ise birinci olarak zikredebileceğimiz başka bir görüşe göre ise⁸²¹, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bir nevi tehlike sorumluluğu⁸²² olarak nazara alınmalıdır ve yardımcı kullanılması vesilesiyle ortaya çıkan zararların ayırım yapılmaksızın sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁸²³. Bu kapsamda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun (olağanüstü hal, alacaklının kusuru gibi illiyet bağını kesen durumlar hariç olmak üzere) tüm zararları kapsaması gerektiği ifa edilirken; diğer taraftan, yardımcı kişi kullanılmasının zararın ortaya çıkmasını

⁸¹⁹ “Privatbereich”.

⁸²⁰ Schäfer, **Fremdbezogen**, s. 272; bkz. Schäfer, **Gelegenheitsdelikte**, s. 411.

⁸²¹ Rümelin, **a.g.e.**, s. 88; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 242 vd.

⁸²² “die Ratio der Gefährdungshaftung”; ayrıca Alman hukukunda inc. Larenz/Canaris, **Besonderer Teil**, s. 600 vd.

⁸²³ Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 73; Şenocak, **Yardımcı**, s. 189 vd.; inc. Schäfer, **Gelegenheitsdelikte**, s. 422.

kolaylaştırdığı ihtimallerde, ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğun doğacağı ifade edilmektedir⁸²⁴. Dolayısıyla, kendi menfaatine yardımcı kişi kullanan kişi, onun doğurduğu riskleri de üzerine almalıdır⁸²⁵; ki bu düşünce “Kasap çırağının et götürürken kullandığı arabayla gittiğı eve çarpmış olması veya komşunun evine çarpmış olması; bir kalfanın taşıdığı ağır kutuları kendi bahçelerine veya evsahibinin bahçesine atması” gibi örnekler ile de ifade edildiğı üzere, her ihtimalde sözleşme dışı sorumluluk bakımından da bir temel arz etmektedir, denilmektedir⁸²⁶.

Ancak bu son görüşte de, ikinci bir alt görüş olarak, borçlunun yardımcısının tüm fiillerinden sorumlu olması noktasında bir virgül konularak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta alacaklının da konumunun değerlendirildiğini g rmekteyiz⁸²⁷. şöyle ki, bir kişinin odasına bir yabancı el işçisini tamirat için çağırdığı bir olayda, bu kişiyi çağıran kişinin, o işçiyi uygun bir şekilde kontrol etmesi ve olumsuzluklara alacaklı olarak kendisinin öncelikle müsaade etmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁸²⁸. Dolayısıyla bu durumda, (BGB § 254)⁸²⁹ TBK md. 52/1’deki “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıracabilir” hükmü gereği hareket etmek gerekecektir⁸³⁰.

⁸²⁴ Rümelin, **a.g.e.**, s. 88.

⁸²⁵ Rümelin, **a.g.e.**, s. 89.

⁸²⁶ Rümelin, **a.g.e.**, s. 89.

⁸²⁷ Karl Fischer, **Die nicht auf den Parteiwillen Gegründete Zurechnung Fremden Verschuldens nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: Eine Privatrechtliche Studie**, München, J. Schweitzer Verlag, 1904, s. 36.

⁸²⁸ Fischer, **a.g.e.**, s. 36.

⁸²⁹ Fischer, **a.g.e.**, s. 37; aynı zamanda, Alman kanun koyucusunun, ortak kusura ilişkin bu bahsi geen maddede, doğrudan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin madde 278’e de “Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung” ifadesiyle atıf yaptığını da belirtmek gerekir.

⁸³⁰ Ayrıca bu genel hükmün, sözleşme dışı sorumluluk ekseninde, örneğin bir tehlike sorumluluğunda, hayvanların verdiği zararlardan dolayı sorumlulukta uygulanması yanı sıra, sözleşmesel sorumlulukta da uygulanacağını ifade etmek gerekir; ki elbette, bunun içersine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk da girecektir. Bkz. Dirk Looschelders, **Die Mitverantwortlichkeit des Gesch digten im Privatrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, s.

Üçüncü olarak, bir başka düşünceye göre, borçlu ile alacaklı arasında kurulmuş bu ilişkide borçlu, alacaklıya vadettiği asıl borç yanında, kullanılan bu yardımcı kişinin verebileceği diğer zararları da üstlenmelidir⁸³¹. Dolayısıyla bu görüşte, yardımcı kişi kullanılmasının oluşturduğu riziko, yalnızca borç konusu ile sınırlı kalmayacak şekilde, borçlu üzerinde kabul edilmektedir⁸³². Burada temel noktaya göre, tıpkı somut bir olayda benzer bir davranışı bizzat gerçekleştiren borçlunun sözleşmeyi ihlal ettiği açıdan sorumlu tutuluyor olması gibi, aynı şekilde onun yardımcılarının verdiği zararlardan dolayı da sorumlu olmasında bir engel bulunmamalıdır; ki borçlu, yardımcı kişi kullanmak suretiyle daha iyi bir konuma ulaşmamış olsun, denilmektedir⁸³³.

Diğer taraftan bu görüşte, alacaklının ifaya olan güveni, yani ifanın tam olarak yerine getirilmesi, dürüstlük, yardımcı kişilerin doğru seçimi ve hatta herhangi zarar durumunda borçlunun bunu tazmin etmeye hazır olup olunmaması noktalarında borçlunun seçimi ele alınarak, borçlunun da tüm bu hususlara ilişkin özeninden sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir⁸³⁴. Şöyle ki, bir borç ilişkisi kurulurken, örneğin bir tamirhane sahibiyle evdeki musluğun tamiri için anlaşıldığında veya bir bilgisayarıcıyla bilgisayarın onarılması konusunda anlaşıldığında, alacaklının, bu işin ifasında görevlendirilecek olan kişilerin yalnızca işi düzgün yapacaklarına ilişkin güven duyduğu için borçluyla sözleşme ilişkisine girdiği ve bu kişilerin ortaya çıkarabileceği diğer zararları umursamadığı söylenemez. Başka bir anlatımla, evine musluk tamiri için yardımcı kişi gönderilen alacaklı, bu kişinin evinde hırsızlık yapmayacak veya ona başka türlü bir haksız fiilde bulunmayacak bir kişi olduğunu düşünür ve borçludan da elbette bunun aksini yapacak bir yardımcıyı görevlendirmesini istemez. Yine bilgisayarını tamir için bilgisayarıcıya teslim eden alacaklı, borçluya yalnızca bilgisayarın tamir edilmesi konusunda güvenmez, aynı zamanda borçlunun yardımcı kişilerinin bilgisayara zarar vermemeleri, içindeki

254-258 vd.

⁸³¹ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 227 vd.

⁸³² Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 227 vd.

⁸³³ Şenocak, *Yardımcı*, s. 190.

⁸³⁴ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 226; ayr. inc. Kahveci, *a.g.e.*, md. 116, Pn. 26.

parçaları gizlice eski parçalarla değiştirmemeleri veya içindeki bilgileri usulsüz olarak kullanmamaları noktasında da borçluya güvenir. Bu sebeple yardımcı kişi kullanan borçlu, açık veya zımni olarak verdiği veya esasen vermek zorunda olduğu (sorumluluk sözleşmesi ihtimali saklı kalmak kaydı ile) güvenin karşılığı olarak, bu güvenin ihlalinden de sorumlu olmalıdır; ki bize göre de aksi durumda borçluya yardımcı kişi görevlendirilmesi konusunda ucu açık bir keyfiyet tanınmış olur⁸³⁵.

Son ifade edilen bakış açısına göre, bir yardımcı kişinin herhangi bir kişiye karşı, özellikle şahsa dönük bir zarar vermesi her zaman mümkündür. O, kişiye toplum içerisinde herhangi bir yerde hakaret edebileceği, fiziksel bir saldırıda bulunabileceği gibi herhangi bir malını da çalabilecektir. Ancak somut olayda yardımcı kişi kullanılmasının bu sayılanlar gibi haksız fiillerin işlenmesini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığına bakılmalıdır⁸³⁶. Örneğin, bir kimsenin bir başkasının malını çalma ihtimali her zaman mevcuttur. Ancak alacaklının borçluya güvenerek onun ifa için gönderdiği yardımcı kişisine kapıyı açması neticesinde, yardımcı kişinin ev içerisindeki bir malı çalma ihtimali ve imkanı artmakta, daha doğrusu kolaylaşmaktadır. Bu sebeple malın çalınmasından veya başka bir zarardan dolayı borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması gerekecektir. Dolayısıyla, bir sıhhi tesisatçının kalfasının tamir için girdiği evde ev sahibesinin mücevherlerini çalması olayında tesisatçının sorumluluğu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa dayanacaktır⁸³⁷. Zira burada, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gitmemizi gerektirecek bir fonksiyonel bağ⁸³⁸ bulunmaktadır⁸³⁹; ki bu bağlantı tamirat işinden değil, tamirat işi için gönderilen bu kişinin hırsızlık fiilini

⁸³⁵ Ayrıca, nasıl ki borçlu, hırsızlık yapmama şeklinde bir koruma borcuna sahip bulunuyor ise, aynı şekilde kullandığı yardımcı kişilerin de hırsızlık teşkil eden fiillerinden sorumlu olmalıdır denilmektedir., bkz. Zeytin, **a.g.e.**, s. 1433.

⁸³⁶ İnc. Zeytin, **a.g.e.**, s. 1423.

⁸³⁷ Bucher, **a.g.e.**, s. 353.

⁸³⁸ “funktioneller Zusammenhang”, ayr. bkz. Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 27; ayr. krş. Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 229; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1003.

⁸³⁹ Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1003; ayr. bkz. Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.09; Honsell, **Hilfspersonen**, s. 788.

işlemeye eriştirildiği fırsattan doğar ve sorumluluk da bu temele dayanır⁸⁴⁰.

Görüşe ilişkin olarak somut örnekler vermek mümkündür. Örneğin, müşteri bir kadın, cep telefonuyla arayarak, bir dükkandan yemek sipariş etmiş, dükkanın çalışanlarından birisi, müşteri kadının telefon numarasını (ev adresi ve kişisel bilgilerini) bu alışveriş ilişkisi ve siparişi teslim vesilesiyle elde etmesinin ardından, müşteriye bu yolla taciz etmiş ve hakaretlerde bulunmuştur. Bu gibi bir durum son ele aldığımız görüş kapsamında değerlendirildiğinde, elbette yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü içerisinde değerlendirilecek ve borçlunun sorumluluğuna gidilecektir. Ayrıca bu son örnek de gösteriyor ki, somut olaylar bakımından değerlendirme yapıldığında, işin ifası esnası kavramının, alacaklının ifadan beklediği menfaatlerine kavuşma anına sıkıştırılacak şekilde dar yorumlanmaması ve somut olaylarda doğru kararı verebilmek açısından gerektiğinde esnek yorumlanması da gerekebilecektir⁸⁴¹. Ancak bir üst başlıktaki sınırlandırıcı görüşlerden olan, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk için zararın yapılan işle bağlantılı olması gerekliliğini de içeren görüş ile yine aynı başlık altındaki esas borcun tam olarak ifa edilmesi halinde diğer zararların yardımcının kişinin sadece kişisel haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirileceğine ilişkin görüşe göre değerlendirme yapılması durumlarında ise, bu örnekteki fiillerden dolayı borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğuna gidilemeyecekti.

Yine İsviçre Federal Mahkemesine taşınan, ergenlik kaynaklı ağır psikolojik bozukluk sebebiyle, babası tarafından bir hastanenin özel servisine getirilen kız ile doktorun ilişki kurduğu, uzun ve kapsamlı bir süreyi de içine alan olayda⁸⁴², davalılar tarafından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine başvurulmasının mümkün olmadığı, bu sorumluluğun şartlarının gerçekleşmediği iddia edilmişse de, kararda, yardımcı kişi olarak değerlendirilen hastane personelinin yalnızca bizzat

⁸⁴⁰ Koller, **Vertragsverletzung**, s. 1498; Bucher, **a.g.e.**, s. 353.

⁸⁴¹ Yardımcı kişinin, ifa vesilesiyle dahi olsa, borçlu tarafından yetkilendirilmediği bir hususta hareket etmesi gibi hallerde doğacak zararların ise, (OR art. 55) TBK md. 66'ya göre değerlendirilmesi yönünde bkz. Honsell, **Hilfspersonen**, s. 788.

⁸⁴² BGE 92 II 15.

görevi olan hususlarda verdiği zararlardan değil, aynı zamanda görevini aşarak yaptıkları veya göreviyle ilgisi olmayan fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun gündeme gelmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁴³.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarından olan zarar şartının, hangi zararları kapsamı gerektiğine dair çeşitli fikirler bulunmaktadır. Bu fikirlerin bir kısmı, zararların tam olarak iş esnasında vuku bulan, işle bağlantılı fiiller neticesinde ortaya çıkan ve borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasına neden olan fiillerden doğması gerektiğini ifade ederken; diğer başka bir kısmı ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında asıl borç konusu yanında, özen yükümlülüklerinin de önemli olduğunu belirtmekte; başka bir kısım ise, sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak görerek tüm fiillerden sorumluluğu üstün tutmakta iken; diğer başka bir kısım ise, yardımcı kişinin işlediği fiillerin borçlu tarafından bizzat işlenmiş olması halinde de sorumluluğa sebebiyet verecek olmasından yola çıkılarak, yardımcı kişinin davranışlarının borçlunun sorumluluğunu doğurması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁴⁴.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu dar bir alana sıkıştırarak, sadece borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halini kapsayacak şekilde belirlenen sorumluluk görüşü, günümüzde ciddi eleştiriler

⁸⁴³ Ayrıca karara ilişkin olarak bkz. Karl Oftinger, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrecht**, 2. bs., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973, s. 164 vd.; Keller, **a.g.e.**, s. 319.

⁸⁴⁴ Ayrıca, bu başlık altında dikkat çeken bir husus ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta zarar şartı açıklanırken, borcun ifasının ön planda tutulması ve hakkın kullanılması ile ilgili değerlendirme ve örneklerin, tıpkı yukarıdaki diğer başlıklarda da olduğu üzere, ikinci planda tutulması, hatta neredeyse hiç değerlendirilmemesidir. Gerçi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, Alman hukuku bakımından kanunda doğrudan kullanma yardımcısı ifadesinin geçmemesinin bunda etkisi olduğunu düşünebiliriz. Ancak, İsviçre ve Türk hukuk doktrinde de, durumun farklı olduğunu söyleyemeyiz. Dolayısıyla bu durum da, doktrinin zarar verici fiiller bakımından dar yoruma sahip olmasına paralel bir durum olarak görünmektedir.

almaktadır ki, biz de bu yöndeki eleştiriye katılıyoruz⁸⁴⁵. Sorumluluğun bu şekilde dar yorumlanması bize göre de hem somut olaylara hem de kanundaki düzenlemenin maksadına uymayacaktır⁸⁴⁶. Zira yardımcının davranışlarının yalnızca temerrüt⁸⁴⁷ gibi doğrudan borcun ihlali durumunu oluşturduğu hallerde, zaten borçlu Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre veya genel olarak somut olayda TBK md. 112’ye göre sorumlu olacaktır. Bunun gibi, yardımcı kişinin davranışları haksız fiil teşkil ettiğinde de, zaten haksız fiil hükümleri ile zararı verene dava açılabilecektir. Dolayısıyla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun saf yardımcı kişiye bırakılan işle ilgili olduğu, edim yükümlerinin dışına çıkmadığı kabul edilirse, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün uygulama alanından ve mantığından yoksun kalacağını düşünmekteyiz. Diğer bir ifade ile, bahsi edilen sınırlı görüşler kabul edildiğinde, alacaklının zararlarını karşılamak için borcun ihlali halinde TBK md. 112 ve haksız fiil halinde de TBK md. 49 vd. hükümleri yeterli olacaktır.

Aynı şekilde kanaatimizce, kanundaki “...işi yürüttükleri sırada...” ifadesi dar yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla ifa esnası kavramı, yalnızca yardımcı kişinin asıl borcu ifa ederken geçirdiği süre olarak düşünülmemeli, yardımcı kişinin ifa için alacaklının şahsı veya malvarlığı ile temasta bulunduğu tüm süreyi kapsayacak şekilde ele alınmalıdır. İşin fiilen yapıldığı sürenin net ölçülere tabi tutularak, örneğin alacaklının evinde tamir için çalışan işçinin işi yaparken vermiş olduğu on dakikalık arada meydana getirdiği zararlardan dolayı borçlunun sorumluluğunun doğmayacağına kabul edilmesi, kanaatimizce uygun olmaz. Ancak, bunun gibi bir örnekten, işin ifasının birkaç gün sürecek olması dolayısıyla işçinin bir günlük ara vermesi ve bu arada alacaklıya dışarıda (arabasına çarpması, yolda herhangi bir sebepten kavga veya hakaret etmesi gibi) bir zarar vermesi halinde ise aynı yoruma gidemeyeceğiz. Bu gibi hallerde borçluyu sorumlu tutmamız mümkün olmayacaktır.

⁸⁴⁵ Bkz. Eren, **Genel**, s. 1102 vd.; Antalya, **Borçlar**, s. 315; Aksi için bkz. Serozan, **C. III**, s. 291, Pn. 13.

⁸⁴⁶ Ayrıca adam çalıştırmanın sorumluluğunda dahi, çalıştırılan yardımcı kişinin iş arası vermiş olduğu bir vakitteki davranışlarının da sorumluluk doğurabileceğine ilişkin olarak bkz. Heierli/Schnyder, **Bassler**, Art. 55, Pn. 13.

⁸⁴⁷ “Verzug”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 122.

Kaldı ki böyle bir durum, yukarıda verdiğimiz yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kriter ve görüşlerinin hiç birisine de uymayacaktır. Ancak, yukarıda ele aldığımız telefonla hakaret etme örneğinden yola çıkılarak verilebilecek bir örnekte, ifaya belirli bir süre ara verilmesine rağmen telefonda hakaretlerin devam etmesi halinde ise borçlunun yardımcılarının bu fiillerinden sorumluluğu yönünde fikir beyan etmek, hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Yine yukarıda, alacaklının da kendi hakimiyet sahasını koruması gerektiği, aksi takdirde yardımcı kişinin onun hakimiyet alanında meydana getirdiği zararlardan dolayı, borçlunun sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edildiği görüşü ifade etmiştik⁸⁴⁸. Alacaklının, evine gelen kişinin hırsızlık yapmaması için gerekli önlemleri almadığı iddiasıyla, borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluktan kurtarıldığı bu görüşü uygun bulmamakla birlikte, alacaklının borcun ifasındaki hareketlerinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu ortadan kaldırmaya sebebiyet verecek şekilde de karşımıza çıkabileceğini belirtmeliyiz. Örneğin, her ne kadar yardımcı kişinin alacaklıyla temas ettiği bir ifa anında alacaklıyı dövmesi halinde yardımcı kişi bakımından haksız fiil, borçlu bakımından da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş olsak da, alacaklının bazı fiilleri buna engel olabilir. Örneğin ifa, alacaklının evinde gerçekleşiyor iken, alacaklının eşi veya çocuklarının ya da alacaklının iş yerinde iken, alacaklının kendi yardımcılarının, bu işinin üzerine yanlışlıkla sıcak su dökmesi halinde çıkan kavgadan dolayı, alacaklı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidememelidir. Her ne kadar borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu geniş değerlendiriyor olsak da, borçlunun borç ilişkisi kurulurken veya daha sonradan yardımcı kişi görevlendirirken, böyle bir durumun ortaya çıkmamasını da üstlenmiş olması, normal hayat tecrübelerine de, hukuk mantığına da uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla bu örnekte, yardımcı kişi gibi alacaklı taraf da, taleplerini haksız fiil sorumluluğu bağlamında ileri sürecektir. Bununla birlikte örnekte, şartları gerçekleşmiş ise, alacaklının yardımcı kişinin bir haksız fiili ile zarara uğrayan borçlunun yardımcı kişinin, TBK md. 66 hükmüne dayanarak

⁸⁴⁸ Bkz.: Fischer, **a.g.e.**, s. 36.

alacaklının sorumluluğuna da gidebilmesi ele alınabilir.

Dolayısıyla kısaca ifade etmek gerekir ki, zarardan sorumluluk için mümkün olduğunca somut kriterler ortaya koyulmaya çalışılmakla birlikte, belirlenen her kriter, tüm somut olaylarda mutlak doğru ve hakkaniyetli sonuçlar ortaya çıkarmayabilecektir. Bu nedenle, kriterler değerlendirilirken somut olayların şartlarının kendi içerisinde değerlendirilmesinin yapılması da, her pratik değerlendirmesinde olduğu gibi burada da son derece önemlidir.

b. Kanaatimiz

Kanaatimize göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, verilen zararların hangilerinden sorumluluğun kabul edileceği hususunu değerlendirirken, öncelikle yardımcı kişi kullanılmasının taşıdığı risklerin borçlu üzerinde kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁴⁹. Şöyle ki, borcun ifasında yardımcı kişi kullanan borçlu, o işin ifasında kendisine göre ifaya uygun olan kişiyi an itibariyle yedi milyon üzerindeki gerçek kişi veya tüzel kişiler arasından seçmektedir. Borçlu bir borcun ifası için bir yardımcı kişi seçmesi ve görevlendirmesi halinde, bu kişinin uzmanlığını, bilgisini, iş yapabilme becerisini ve sair hususları da alacaklı nezdinde üstlenecek ve bu hususların eksikliğinden doğanlar başta olmak üzere ortaya çıkan zararları karşılamakla yükümlü olacaktır⁸⁵⁰. Dolayısıyla, işe uygun kişinin görevlendirilmesi yükümlülüğü ve yetkisi, borçlu üzerindedir. Borçlu yardımcı kişiyi seçerken, özen göstererek en uygun kişiyi seçebileceği gibi özellikle (günlük yaşam tecrübelerimize göre sabit olarak) maliyeti düşürmek gibi saiklerle hareket ederek, esasen o işi yapmaya en uzak kişiyi de seçebilir⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Ayr. bkz. Serozan, **C. III**, s. 285, Pn. 3; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 1.

⁸⁵⁰ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 36.

⁸⁵¹ Bir işte faydayı edinenin zarara da katlanması gerektiğine ilişkin “*Qui sentit commodum, sentire debet et onus ; et e contra - He who enjoys the benefit ought also to bear the burden; and the contrary*” şeklinde de ifade edilen Roma hukukundan günümüze uzanan genel görüş (inc. Wharton, **a.g.e.**, s. 159, Mx. 80; Honsell, **Hilfpersonen**, s. 781) ve hatta MAA md. 87’deki “*el-madarratü bi'l-menfe'a - Mazarrat menfeat mukâbelesindedir.*” hükmü ile düzenlenen hukuki kabul de, bu gibi kişilerin kullanılmasının oluşturacağı her türlü zararlarının üstlenilmesi gerekliliğini ortaya koyar, inc.: Şimşirgil/Ekinci, **a.g.e.**, s. 152; **a.e.**, s. 153: “*Bir şeyden*

Elbette somut bir olayda, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması yalnızca borçlunun değil, aynı zamanda alacaklının (hatta bazen borçludan ziyade alacaklının⁸⁵²) menfaatine de olabilecektir. Ancak her ne kadar yardımcı kişinin kullanılması her iki tarafın da menfaatine ise de, yardımcı kişilerin seçimi, tanınması, görevlendirilmesi ve sair hususlar hep borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişki içerisinde kalmaktadır⁸⁵³. Hatta yukarıda belirttiğimiz üzere birçok durumda alacaklı, yardımcı kişi hakkında en ufak bir bilgiye dahi sahip olmayacaktır. Kaldı ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet veren bir fiil mutlaka o kişinin bir alacağını ifa etmek için bizzat ve doğrudan görevlendirilen kişiden doğmamış olabilir. Bir hastanede yoğun bakımdaki kişiye başka başka bir departmanda çalışan aynı hastane personelinin tecavüz etmesi olayında ise, alacaklının bu yardımcı kişiden ne bir menfaati, ne de onunla ilgili bir bilgi veya görüşü bulunmamaktadır. Tüm bu sebeplerle, yardımcı kişilerin doğurduğu rizikoların borçlu bünyesinde meydana gelmesi düşüncesi, kanaatimizce de daha uygundur⁸⁵⁴.

Borçlunun ifa için seçtiği yardımcısı, işin teknik bilgisi bakımından yoksun olabileceği gibi, pratik bilgisinden de yoksun olabilir. Hatta işe uygun olmama durumu, seçilen yardımcı kişinin fiziki özelliklerinden kaynaklanabileceği gibi, ruhsal durumlarından da kaynaklanabilir. Uygulamada da hizmet kalitesi ve doğabilecek hukuki sorumlulukları dikkate alan bazı işverenlerin ruhsal-fiziksel-

menfaatlenen kimse, o şeyin zararını da yüklenir.”.

⁸⁵² Özellikle bu durumlarda tarafların, yardımcı kişinin davranışlarından dolayı sorumsuzluğun tümünden kaldırılmasını tercih edebileceğini de unutmamak gerekir.

⁸⁵³ Serozan, C. III, s. 285, Pn. 3.

⁸⁵⁴ Doğru kişiyi seçme ödevi, sadece çalışmamızda ifade bulan bir durum değildir. Zira Roma hukuku içerisinde dahi bu konuya örnek vermek mümkündür. “...*Bununla birlikte, kendi kölesinin yönetiminden sorumlu olduğunda yalnızca noxal dava ile sorumludur; başkalarının kölelerinin yönetiminden sorumlu olduğunda ise onların sadık ve güvenilir olup olmadıkları tespit edilmelidir, ancak kendi kölelerinden ise, gemiye atadığı kölelerin ne çeşit köleler olduğuna bakılmaksızın mazur görülebilir.*” şeklinde tercüme edebileceğimiz metinde⁸⁵⁴ de görüldüğü üzere, borçlu hem kendi sahip olduğu kişilerden dolayı noxal sorumluluk altında iken, başkalarını bir iş için kullanacak olduğu durumlarda da mutlaka bu kişilerin işe uygunluğunu araştırmalıdır; Bahsi geçen metin için ayr. bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 82: “D. 4, 9, 7, 4: *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si quales fuales ad instruendam navem adhibuerit.*”; çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D4_Scott.htm#IX, szl. 29.11.2017.

mesleki-teorik-pratik açılardan personelini sınıadığı, diğler bazı işverenlerin ise yukarıda belirttiğimiz en önemli saik olan masrafları azaltma saiki ile bu değlerlendirmelerden hiçbirisini yapmadan yardımcı kişi çalıştırdığını gözlemleyebiliriz⁸⁵⁵. Diğler taraftan, malumdur ki, somut olayların çok büyük bir bölümünde alacaklı kişi, kullanılan yardımcı kişi hakkında (mesleki-fiziksel-ruhsal) herhangi bir bilgiye dahi sahip olmayacaktır. Alacaklı, yalnızca borçlu ile aralarındaki borç ilişkisinin gereğı gibi ifa edilmesini bekler. Bunun için de, borçlunun doğru zamanda, doğru şekilde, doğru malzemelerle, doğru yardımcı kişilerle borcunu ifa etmesini umar.

Toparlayacak olursak, kanaatimizce (yukarıda belirtilen eleştiri ve gerekçeler doğrultusunda) yardımcı kişinin işi ifa ederken ortaya çıkardığı zararlardan dolayı borçlu, hem işle doğrudan bağlantılı olan fiillerden kaynaklananlardan sorumlu olmalı, hem de işle doğrudan bağlantısı olmamasına rağmen işin görülmesi kapsamında yardımcının alacaklıyla teması esnasında ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmalıdır. Buna göre borçlu, kullandığı yardımcı kişinin borcu gereğı gibi ifa etmesi gerekirken imkansızlığa sebebiyet vermesi, temerrüde düşmesi gibi mutlak ve klasik anlamda borca ilişkin sebeplerden dolayı sorumlu olduğu gibi, yardımcı kişinin örneğın, musluğu tamir ederken tesisata verdiği zarardan da, küveti tamir ederken salondaki kırdığı aynadan doğan zarardan da, ifa için girdiğı evdeki kişilere sözlü veya fiziksel saldırılarından da, traktörün tamiri için gittiğı bahçedeki kamelyada duran telefonu çalmasından da, balkondaki kombiyi tamir etmek isterken elindeki anahtarı aşağı düşürüp o sırada apartmana girmekte olan alacaklının oğlunu yaralamasından da sorumlu olmalıdır.

Ayrıca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk değlerlendirilirken,

⁸⁵⁵ Aynı zamanda seçme ödevi yanında, bu kişilerin gözetiminin eksikliğinin veya seçilen kişilere talimat veren kendi yardımcı kişilerinin de, bir kimsenin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna sebebiyet verebileceğini ifade etmeliyiz. Bkz. Yarg. 11. HD, 29.06.1989 T., 1989/5581 E., 1989/3578 K.: “...Gerçek kişi davalıların ... Denizcilik A.Ş. adına geminin yüklenmesine nezaret eden ve kusurlu talimatlarıyla geminin alabora olmasına sebebiyet veren yardımcı şahıslar oldukları iddia edildiğine göre davalı şirket ile diğler davalılar arasında böyle bir ilişkinin ispatı halinde davalı şirketin BK. `nun 100. maddesinde öngörülen sorumluluğının kabulü lazım gelecektir...” (KİB).

yardımcının kişisel saikle mi, yoksa borcun ifası maksadıyla mı hareket ettiğinin de önemi bulunmamalıdır. Örneğin, otel, pansiyon gibi bir yerde çalışan ve yaptığı iş sebebiyle eriştiği imkanlardan faydalanmak suretiyle ve hukuka aykırı kişisel amaçları doğrultusunda, odalara gizli kameralar yerleştiren çalışanın bu davranışlarından dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerini uygulamak gerekir. Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun, yardımcı kişinin yalnızca borçla bağlantılı fiilleri ile sınırlı tutulması durumunda veya yardımcı kişinin saikinin değerlendirildiği hallerde ise, otel (pansiyon vs.) işletmesinin herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağı savunması ile karşılaşabileceğiz.

Kanımızca (yardımcı kişinin hangi fiillerinin, onu kullananın sorumluluğuna sebebiyet vereceği üzerine) benimsediğimiz bu görüş, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından benimsenebilecek en geniş kapsamlı görüştür. Bu görüşü kabul etmemizin en temel sosyal nedenlerinden birisinin ise, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, faydayı edinenin aynı zamanda zarara da katlanması gerektiğine "*qui habet commoda debet ferre onera*"⁸⁵⁶ ilişkin anlayış doğrultusunda, borçlunun seçtiği ve kullandığı diğer kişilerin fiillerine katlanması gerektiği düşüncesidir⁸⁵⁷. Yine ifade edilebilir ki, bir borç ilişkisinde alacaklının sahip olduğu güven yardımcı kişiye değil, doğrudan ve bizzat borçluyadır⁸⁵⁸. Ayrıca, iş bölümü kavramının getirdiği avantajları ve buna bağlı olarak da yardımcı kişileri kullanan borçlunun, yardımcı kişilerin getirdiği tehlikeleri de üstlenmesi gerekir⁸⁵⁹. Benzer şekilde, etki alanı kavramını da burada zikredebiliriz. Öyle ki, borç ilişkisi içerisinde, alacaklının ifayı beklerkenki pasif konumuna karşılık, borçlunun yardımcı kişi seçimi de dahil olmak üzere aktif konumu da, yardımcı kişilerin fiillerinin rizikolarını borçlunun

⁸⁵⁶ Ayr. bkz. Schermaier, **a.g.e.**, §§ 276-278, Pn. 101.

⁸⁵⁷ Grieder, **a.g.e.**, s. 85; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 1; Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün temelinde, nimet-külfet ilişkisinin yer aldığına yönelik bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 1, 5.

⁸⁵⁸ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 1.

⁸⁵⁹ Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 392, Pn. 656; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 1; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 1; inc., Klunzinger, **a.g.e.**, s. 305; ayr. bkz. MAA md. 88: "*el-ganemü bi'l-garem - Külfet ni'mete ve ni'met külfete göredir.*", Şimşirgil/Ekinci, **a.g.e.**, s. 153.

üstlenmesi gerektiği düşüncemizi desteklemektedir⁸⁶⁰. Yardımcı kişilerin davranışlarının borçluya isnad olunacağı veya herkesin hakimiyeti altındaki kişilerden sorumlu olması gerekeceği düşünceleri de, burada aynı sonuca varıran farklı hukuki destekleyiciler olarak nazara alınabilir⁸⁶¹.

Yine, gerek İsviçre Borçlar Kanunu md. 101, gerek Türk Borçlar Kanunu md. 116 incelendiğinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun yalnızca ifa edilen borç ile ilgili olacağına ilişkin ibare bulunmadığını hatırlatmak gerekir. Dolayısıyla, görüşümüz önünde engel bir kanuni ifadenin bulunmadığını belirtebiliriz.

Ayrıca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa yönelik olarak çalışmamızda vermiş olduğumuz çok sayıda örnek incelendiğinde görülecektir ki, esasen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarının oluştuğu çoğu pratik durumda, zaten yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa da dayanmaya gerek kalmadan, doğrudan borçlunun sorumluluğuna gidebileceğiz. Hele ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verecek fiilleri doğrudan edime aykırılık ile sınırlandırdığımız zaman, bu durum daha açık bir şekilde kendini gösterecek ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun pratik bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla, bize göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu, yüzlerce yıldan beri süregelen anlamını, esasen yardımcı kişi olarak nitelendirdiğimiz kişilerin borç konusuna uzak fiillerinden almaktadır. Bu şekilde düşünüldüğünde, görüşümüzün pratik ve teorik anlamının daha iyi anlaşılacağı kanaatindeyiz.

E. Kusurluluk

1. Genel Olarak

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun şartları altında

⁸⁶⁰ Ayr. inc. Serozan, **C. III**, s. 285, Pn. 3.

⁸⁶¹ Buradaki ifadelerimizin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temeline ilişkin görüşlerin yalnızca bir tanesi seçilerek diğerlerinin dışlanması gerekmediği, hepsinin uygun düştüğü ölçüde birlikte değerlendirilmesinin mümkün ve uygun olduğu yönündeki (B. I: III/C'de yer alan) görüşümüze pratik ve teorik bir örnek olduğunu ifade edebiliriz.

değerlendirmemiz gereken bir diğer konu ise, ortaya çıkan zararlar bağlamındaki kusurluluk konusudur⁸⁶². Kural olarak, “*Quae sine culpa accidunt, a nullo praestantur*”⁸⁶³, bir kimsenin kusurlu olmadığı bir şeyden sorumlu olması kabul edilmemektedir⁸⁶⁴. Yine, zarara sebebiyet verenin davranışının hukuka aykırılık teşkil etmediği durumlarda da kusurdan bahsedilebileceği belirtilmektedir⁸⁶⁵. Öyle ki, zarar görenin zararın artmasına sebebiyet verdiği durumlarda, söz konusu artmaya sebebiyet veren davranışları, hukuka aykırı olmasa dahi, müterafik kusur olarak nazara alınmaktadır⁸⁶⁶. Bu itibarla, hukuka aykırılık söz konusu olmasa dahi kusur kavramının mevcut olabileceği yönündeki bakış açısına katılmak durumundayız. Gerçekten, zarar görenin kusurunun tazminata etkisi incelenirken, bu davranışların bir de hukuka aykırı olması şartını aramaya gerek yoktur; ki bu durumda külfetin varlığından bahsetmekteyiz⁸⁶⁷. Kusurun varlığı durumunda, çeşidi, ağırlığı gibi çeşitli durumlar tazminata etki edebildiği gibi, kanunun ele aldığı bazı hallerde ise kusur bulunmamasına rağmen de sorumluluk doğabilecektir.

Yukarıda verdiğimiz bilgiler ve özellikle de örneklerden anlaşılabileceği üzere, yardımcı kişinin zarara sebebiyet veren davranışı, kusur kavramı altında değişik şekillerde karşımıza çıkabilecektir. Bunun yanında, sorumluluk için borçlu veya yardımcısının kusurunun aranmaması gerektiğini belirten görüşün mevcut olduğunu ve bunların aşağıda inceleneceğini ifade etmeliyiz.

Kusur konusuna genel olarak giriş yapmak gerekirse, belirtmeliyiz ki, kusur üst başlığı (Roma hukukundan gelen bir uygulamaya uygun şekilde⁸⁶⁸) genel olarak

⁸⁶² Sorumluluk bakımından objektif şartın hukuka aykırılık (dolayısıyla borca aykırılık), sübjektif şartın ise kusur olduğu yönünde ayr. bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 492.

⁸⁶³ Liebs, **a.g.e.**, s. 185.

⁸⁶⁴ İmre, **a.g.e.**, s. 17; Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 3.

⁸⁶⁵ İnc. Baysal, **a.g.e.**, s. 33.

⁸⁶⁶ Baysal, **a.g.e.**, s. 33.

⁸⁶⁷ Baysal, **a.g.e.**, s. 30; Müterafik kusur ve tazminata olan etkisine ilişkin olarak aşağıda ayrıntılı inceleme yapılmaktadır.

⁸⁶⁸ Mehmet Ünal, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 35, S. 1, 1951, s. 418; Bu noktada, diğer çoğu kısım bakımından olduğu gibi, kusura ilişkin yapı bakımından da İsviçre ve ona bağlı olarak Türk

kast⁸⁶⁹ ve ihmal⁸⁷⁰ olmak üzere iki alt başlık altında incelenmektedir⁸⁷¹. Bu ayrım da kast, hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesine yönelik irade olarak tanımlanabilir⁸⁷². Kast da elbette kendi içerisinde, doğrudan kast⁸⁷³ ve olası kast⁸⁷⁴ olarak ayrıma tabi tutulabilir⁸⁷⁵. Doğrudan/Vasıtasız kasta ilişkin olarak, bir şoförün bilerek ve isteyerek kin duyduğu kişinin üzerine arabasını sürmesi; olası/ihtimali kasta ilişkin olarak ise bir şoförün çok kalabalık bir caddede, insanları yaralama ihtimali oldukça yüksek olmasına rağmen aldırınmayarak aşırı hızla araç kullanması, bir restoran sahibinin veya çalışanlarının bozulmuş olduğunu bildiği

Borçlar Kanunu'nun da romanist bir yapıda olduğu söylenebilecektir, Schwarz, **a.g.e.**, s. 35.

⁸⁶⁹ “Vorsatz”.

⁸⁷⁰ “Fahrlässigkeit”.

⁸⁷¹ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 3; Schlechtriem, **a.g.e.**, Pn. 322; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 22.11; Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 124; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 387, Pn. 646; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 470 vd.; Jacoby/Hinden/Kropholler, **StudienKommentar**, § 276, Pn. 3 vd.; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, Pn. 6/4; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 276, 279; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 99, Pn. 14; Förster, **a.g.e.**, s. 42, Pn. 151; Lando, **a.g.e.**, s. 240; Stadler, **Jauernig**, § 276, Pn. 10; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 46 vd.; Zirlick, **a.g.e.**, s. 169; İmre, **a.g.e.**, s. 26; Ataay, **a.g.e.**, s. 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 874; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 319, Pn. 935; YHGK, 16.11.2016 T., 2014/4-1334 E., 2016/1067 K.: “...Yine öğreti ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı kararı)...” (KİB).

⁸⁷² Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 44; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 201, Pn. 7; Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 124; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 22.12 vd.; Schlechtriem, **a.g.e.**, Pn. 324; Weiler, **a.g.e.**, s. 240, Pn. 7; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 471; Jacoby/Hinden/Kropholler, **StudienKommentar**, § 276, Pn. 3; Schmidt, **Allgemeiner Teil**, s. 544; Förster, **a.g.e.**, s. 43, Pn. 152; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 366; Stadler, **Jauernig**, § 276, Pn. 15; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 876; İmre, **a.g.e.**, s. 26; Kaneti, **a.g.e.**, s. 52; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 387, Pn. 647; Klunzinger, **a.g.e.**, s. 304.

⁸⁷³ “directer Vorsatz – dolus directus”.

⁸⁷⁴ “bedingter Vorsatz – dolus eventualis”.

⁸⁷⁵ Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 388, Pn. 648; Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 25; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 201, Pn. 8 vd.; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 472; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 99, Pn. 15; Stadler, **Jauernig**, § 276, Pn. 17 vd.; Luggauer, **a.g.e.**, s. 74 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 47; ayr. bkz. Yarg. 10. HD, 07.04.2016 T., 2014/27900 E., 2016/5023 K.: “...Kast, hukuka aykırı eylemin sonuçlarıyla birlikte, bilerek ve isteyerek işlenmesidir (Prof.Tunçomağ-Borçlar Hukuku Dersleri 1.Cilt-1965). Ancak, eylemi yapanın kasıtlı davranmış olduğunun söylenebilmesi için, bütün zararların önceden istenilmiş bulunması aranmaz. (Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul-1948, Çeviren Doç. Dr. Bülend Davran) Kastın özel bir türünü oluşturan ve ihtimali kast (olası kast) olarak adlandırılan kusur türünde; fail, işlediği fiilin hukuka aykırı sonuç verebileceğini öngörmekte ve bu sonuçları istememekle birlikte kabul etmektedir...” (KİB).

yiyecekleri tehlikesini bilmesine rağmen müşterilerine servis etmesi gibi örnekler verilmektedir⁸⁷⁶. Benzer şekilde, bir doktorun, hastaneye gelen hastalardan bir tanesine, yeni icad ettiği bir tedavi metodunu veya ilacı, tehlikelerini ve hastanın büyük ihtimalle hayatını kaybedeceğini tahmin etmesine rağmen vermesi durumunda da olası kasttan bahsedilmektedir⁸⁷⁷; ki bu durumda, doktorun (veya yardımcılarının) bu fiili neticesinde ortaya çıkan zararların tazmini, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri içerisinde de yer bulabilecektir.

İhmal ise, hukuka aykırı sonucun doğmasının, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle ortaya çıkarılmasıdır⁸⁷⁸. İhmalin, özen yükümlülüğüne aykırılık olarak nitelendirilebildiğini, bununla birlikte, tek başına özensizliğin yeterli olmadığına, bu özen eksikliğinin hukuka aykırı olması gerektiğinin de belirtildiğini ekleyebiliriz⁸⁷⁹. Yine ihmal başlığı da, klasik anlamda bir sınıflandırmaya tabi tutularak, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁸⁸⁰. İhmalin alt ayrımlarından birisi olan ağır ihmal, (her anlayışlı ortalama insanın) herkesin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi anlamına gelirken⁸⁸¹; hafif ihmal ise, dikkatli ve özenli bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasını ifade edecektir⁸⁸². Örneğin, ödünç alınan değerli bir kitabın,

⁸⁷⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 47.

⁸⁷⁷ Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 1998, s. 81.

⁸⁷⁸ Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 22.14 vd.; Weiler, **a.g.e.**, s. 241, Pn. 8 vd.; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 473 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 48; İmre, **a.g.e.**, s. 26; Kaneti, **a.g.e.**, s. 52; Alman Medeni Kanunu da 276. paragrafın 2. fıkrasında, ihmal kavramına ilişkin olarak, bir işte gerekli özeni göstermeyen kişinin, o iş bakımından ihmal sahibi olduğunu ifade etmiştir., bkz. BGB § 276/2: “*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.*”, ayr. Alman hukuku çerçevesinde, ayrıntılı olarak inc. Erwin Deutsch, “Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht”, **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 202, S. 6, 2002, s. 893, 899 vd.; Lando, **a.g.e.**, s. 240; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 389, Pn. 651.

⁸⁷⁹ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 76.

⁸⁸⁰ Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 132; ayr. Schermaier, **a.g.e.**, §§ 276-278, Pn. 62; Schmidt, **Allgemeiner Teil**, s. 550; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 370; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 54 vd.; Ataay, **a.g.e.**, s. 69 vd.; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 390, Pn. 653.

⁸⁸¹ Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 133; Zirlick, **a.g.e.**, s. 169; İmre, **a.g.e.**, s. 27; Ataay, **a.g.e.**, s. 6 vd.; ayr. bkz. (...*jedem verständigen Menschen...*), BGE 54 II 403; Aynı şekilde BGE 57 II 480.

⁸⁸² Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 26; Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 133; ayr. Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 22.22 vd.; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 390, Pn. 653; İmre, **a.g.e.**, s. 27; Ataay, **a.g.e.**, s. 70.

evde küçük çocuklar bulunmasına rağmen, özen gösterilmeksizin ortada bırakılması ve çocuklar tarafından yırtılması olayında, ödünç alan ağır ihmal sahibi; çocuk yaşamayan bir evde ortaya bırakılan kitabın eve gelen başka bir kişi, bir misafir çocuğu tarafından yırtılması durumunda ise ödünç alan kişi, hafif kusur sahibi olarak addedilmiştir⁸⁸³.

İhmalin bir başka bir ayrım olarak da bilinçli⁸⁸⁴ ve bilinçsiz⁸⁸⁵ ihmal/taksir olarak da incelenebileceğini ekleyebiliriz⁸⁸⁶. Bu noktada, bilinçli ihmalin olası kasta çok yakın bir husus olduğu ifade edilmekle beraber⁸⁸⁷, örnek olarak ise doktorun işlerini bir an önce bitirmek maksadı ile ameliyattan önce dezenfeksiyon yapmaması, restoran sahibinin veya yardımcılarının taze olmadıklarını bildiği yemeklerin buzdolabında olmalarından dolayı bozulmayacaklarını düşünerek müşteriye servis etmesi zikredilmektedir⁸⁸⁸. Bilinçsiz ihmal için ise⁸⁸⁹, doktorun hastanın karnında bir tampon veya pensi unutmuş olması örneği ifade edilmektedir⁸⁹⁰.

Bunlar dışında, üçüncü bir ayrım olarak, borçlunun kendi işlerinde göstermesi gereken özenin de ele alındığı, bir diğer kusurluluğa ilişkin kavramı daha zikretmek mümkündür⁸⁹¹; ki bu hususun, Romanist vasıfları ağır basan bir kanun olan Alman Medeni Kanunu⁸⁹² tarafından da düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Bahsettiğimiz bu BGB § 277 (*Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten*) hükmüne göre⁸⁹³, bir işte, kendi

⁸⁸³ İnc. Ataay, **a.g.e.**, s. 70.

⁸⁸⁴ “*bewusste Fahrlässigkeit*”.

⁸⁸⁵ “*unbewusste Fahrlässigkeit*”.

⁸⁸⁶ Stadler, **Jauernig**, § 276, Pn. 24 vd.; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 292; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 99, Pn. 19; Grüneberg, **Palandt**, § 276, Pn. 13; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 49; İmre, **a.g.e.**, s. 27; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 495.

⁸⁸⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 495.

⁸⁸⁸ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 49.

⁸⁸⁹ Bu ikinci halde ise, fiilin hukuka aykırı sonuç vereceğinin sırf dikkatsizlik sebebiyle farkedilmemesi söz konusudur denilmiştir, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 495.

⁸⁹⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 49.

⁸⁹¹ Schwarz, **a.g.e.**, s. 28, 36.

⁸⁹² Konuya dair ayrıntılı olarak inc. Schwarz, **a.g.e.**, s. 6 vd.

⁸⁹³ “*Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten*

işinde göstermesi gereken özeni sergilemesi beklenen kişinin⁸⁹⁴, ağır ihmaldinden dolayı sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmektedir. Bu itibar ile, Alman Medeni Kanunu’nun, kusurun derecesi bakımından, burada ifade ettiğimiz nokta da dahil olmak üzere, üçlü bir ayrımı düzenlediğini söyleyebiliriz⁸⁹⁵. Ayrıntısına girmemekle birlikte, Alman Medeni Kanunu’nda açıkça ve ayrı bir maddede düzenlenmiş ve doğrudan (*diligentia quam in suis rebus adhibere solet – borçlunun bizzat kendi işinde göstermesi gereken özeni gösterme zorunluluğuna aykırılık*)⁸⁹⁶ Roma hukukundan gelen bir kavramı ele alan bu hüküm⁸⁹⁷, İsviçre ve Türk kanun koyucuları tarafından benzer bir genel sorumluluk hükmüyle ele alınmış değildir. Ancak, özel bir hüküm olarak 743 sayılı eski Türk Medeni Kanunu’nun 319. maddesinin son fıkrasındaki “Evin reisi, birlikte yaşayanların evdeki eşyasını, kendi eşyasına karşı göstereceği aynı ihtimam ile muhafaza etmek ve emniyet altında bulundurmakla mükelleftir.”⁸⁹⁸ ifadesinin örnek gösterilebildiğini de ekleyebiliriz⁸⁹⁹. Yine TBK md. 628⁹⁰⁰ ve TTK md. 18/2⁹⁰¹ de, bu ilkeye örnek teşkil edebilecek özel hükümler olarak gösterilebilmektedir⁹⁰². Ayrıca, maddede ele alınan kavramın, sorumluluğu borçlunun sübjektif durumuna göre değerlendirdiği de ifade

anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.”.

⁸⁹⁴ “Verwahrer – saklayıcı, Vorerbe – ön mirasçı, Eltern – Ana Baba, Ehegatte – eş, Gesellschafter – şirket ortağı gibi”, Grüneberg, **Palandt**, § 277, Pn. 2; Daniel Iden, “§ 277 BGB – Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten”, **Juristische Ausbildung**, C. 35, S. 5, Berlin, De Gruyter, 2013, s. 461; Grundmann, **Münchener**, § 277, Pn. 2.

⁸⁹⁵ Grüneberg, **Palandt**, § 277, Pn. 1.

⁸⁹⁶ Schwarz, **a.g.e.**, s. 36; Stadler, **Jauernig**, § 277, Pn. 3.

⁸⁹⁷ Bkz. Grundmann, **Münchener**, § 277, Pn. 1; Iden, **a.g.e.**, s. 460; Stadler, **Jauernig**, § 277, Pn. 3.

⁸⁹⁸ Aynı maddenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ndaki karşılığı olan md. 368’in son fıkrası ise “Ev başkanı, birlikte yaşayanların evdeki eşyasını özenle korumak ve güvenlik altında bulundurmakla yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 877; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 319, Pn. 936.

⁹⁰⁰ Bkz. adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükümlerden md. 628 “Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür.

Her ortak, diğerlerine karşı, kendi kusuruyla verdiği zararları, başka işlerde ortaklığa sağladığı menfaatlerle mahsup ettirme hakkı olmaksızın gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁹⁰¹ Bahsi geçen fıkra ise “Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir” şeklinde düzenlenmiştir.

⁹⁰² Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 319, Pn. 936.

edilebilir⁹⁰³.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, kasti - ihmali veya aktif - pasif davranışlar neticesinde ortaya çıkabilir. Zararın aktif veya pasif hareketler neticesinde vuku bulmuş olmasına ilişkin birkaç örnek olarak; spor salonuna gelen müşterinin, antrenör tarafından spor ve fizik kurallarına aykırı bir antrenman programı ile zorlanması nedeniyle rahatsızlanması durumunda, aktif fiillerden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğacaktır. Bunun yanında ihmali davranışlardan dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk meydana gelebilecektir⁹⁰⁴; ki ağırlık istasyonlarından birisinin ağırlık kilitlerinin spor salonu personeli tarafından açık bırakılması neticesinde, daha sonra ağırlık istasyonuna çalışmaya gelen müşterinin salonda ağırlık altında kalması veya yüzme havuzundaki kaydırakta arka arkaya kayanlar arasında bulunması gereken asgari süreye uymayarak bir sonraki kişinin kaymasına ve havuzda çarpışmalarına müsaade eden personelin ihmali fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğabileceği gibi, spor salonu müşterilerinin gizli kişisel görüntülerinin bir personel tarafından yerleştirilen kamera ile kaydedilmesi örneğinde olduğu gibi, yardımcı kişinin kasti davranışları da aynı şekilde değerlendirilecektir.

Kusursuz sorumluluk halleri⁹⁰⁵ bir kenara bırakılacak olursa, gerek haksız fiil sorumluluğunda, gerek sözleşmeden doğan sorumlulukta, kusurlu bir davranışın varlığı önemli olduğu gibi, kusurun derecesi de özellikle tazminatın belirlenmesi

⁹⁰³ Grüneberg, **Palandt**, § 277, Pn. 3; Grundmann, **Münchener**, § 277, Pn. 3; Iden, **a.g.e.**, s. 461; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 877; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 319, Pn. 936.

⁹⁰⁴ Ackers, **a.g.e.**, s. 106.

⁹⁰⁵ Bunlardan örneğin, Türk Medeni Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu içerisinde düzenlenmiş bulunan, adam çalıştırmanın sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu, hayvan bulunduranların sorumluluğu gibi düzenlemeler “*Yalın Objektif Sorumluluklar*” olarak adlandırılmışlarken; Araç işletenin, demiryolu, hava, deniz işletmelerinin sorumlulukları gibi özel kanun ve hükümler ile oluşturulan düzenlemelerin ise “*Ağırlaştırılmış Objektif Sorumluluklar*” olarak da adlandırıldıklarını ifade edebiliriz. İnc. Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 17; “Hakkaniyet Sorumluluğu”, “Özen sorumluluğu (Objektif sorumluluk)” ve “Tehlike sorumluluğu” şeklindeki ayırım için ayr. bkz. Başak Başoğlu, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2015, s. 38 vd.

bakımından önem arz edecektir⁹⁰⁶. Zira kusurun hükme etkisi, haksız fiillere ilişkin TBK md. 51/1’de “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” şeklinde ifade edilmektedir.

Kusura dayanmayan sorumluluk düzenlemelerinde ise, sorumlu kabul edilen kişinin kusurunun hafif kusur olması veya hiç kusurunun bulunmaması doğal olarak indirim sebebi olmayacaktır denilmektedir⁹⁰⁷. Buna rağmen, kusursuz sorumlulukta, kusurun bulunması ise munzam kusur olarak ifade edilen durumu ortaya çıkaracaktır; ki bu da, indirim sebeplerinden daha az yararlanma ya da hiç yararlanamama sonucunu ortaya çıkaracaktır⁹⁰⁸. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta yardımcının kusurunun da bulunması durumunda, borçlunun bir de munzam kusuru yüklenmesi gerektiği de ifade edilmiştir⁹⁰⁹. Benzer şekilde, TBK md. 52/2’deki “*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*” hükmüyle de, hakime bir başka takdir yetkisi tanınmış olduğu açıkça görülmektedir. Dolayısıyla ifade edebiliriz ki hakimin tazminatın kapsamını belirlerken dikkate alacağı en önemli unsurlardan bir tanesi de kusurun derecesidir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bahsi geçen husus, yani kusurun ağırlığının tazminatın miktarına etkide bulunması, yalnızca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir

⁹⁰⁶ Örn. YHGK, 15.04.2015 T., 2013/4-1706 E., 2015/1205 K.: “...Hal ve mevkiin icabından amaç, somut olayın niteliğidir. Bunun başında "haksız fiilin işleniş biçimi", yani fiilin ağırlığı, ardından ise kusurun ağırlığı gelmektedir. Kanun bunu "hatanın ağırlığı" şeklinde ifade etmiştir. Kanun kusurun ağırlığını tazminat miktarının belirlenmesinde ölçü olarak aldığına göre, zararın hesabından sonra, sorumlu kişinin kusuru ağır ise, tazminat zarar miktarına eşit olabilir. Sorumlu kişinin kusuru hafif ise, hükmedilecek tazminat miktarı, zarara denk olmayabilir...” (KİB).

⁹⁰⁷ Nomer, **Genel**, s. 229, Pn. 133.

⁹⁰⁸ YHGK, 05.05.2010 T., 2010/4-249 E., 2010/257 K.: “...Kusura dayanan sorumluluğun önemli bir şartı da fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır. Kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunda bu şart aranmazsa da bu hallerde dahi failin kusuru bulunması failin sorumluluktan kurtulması imkanlarını engeller, mücbir sebebin, üçüncü şahsın veya mağdurun kusurunun sorumluluğa etkisini kaldırır ve birden çok sorumlu varsa, bunların birbirine rücu etmesinde dikkate alınır. Bu hale "Munzam Kusur" denilmektedir...” (KİB).

⁹⁰⁹ Nomer, **Tazminat**, s. 80.

durumu ifade etmeyecektir⁹¹⁰. Bu nedenle, aynı prensibi, sözleşmeden doğan bir borcun ifasına ilişkin bir somut olay için de söyleyebiliriz. Zira buna ilişkin husus TBK md. 114'teki “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.*

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.” hükmünde açıkça ifade edilmektedir.

Aşağıda öncelikle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından mevcut görüşlerin incelenmesi yapılacak ve son olarak kusur unsuruna ilişkin değerlendirmemiz bulunacaktır.

2. Kusurluluğa İlişkin Görüşler

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kusurun rolüne ilişkin konu incelendiğinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temeline veya hangi zararların sorumluluk kapsamına gireceğine ilişkin konulardaki kadar çok ve çeşitli olmamakla birlikte, değişik görüşlerin olduğunu görmekteyiz⁹¹¹.

Kronolojiyi atlamamak bakımından hemen girişte bir Roma hukuku uygulamasından daha örnek vermek isteriz⁹¹², ki bu metne göre örneğin, bir kimse bir şeyin taşınmasını üstlendiğinde, bu şeyin zarar görme rizikosunu da üzerine almış olacaktır. Bu şeyin zarara uğramasından dolayı, taşıma işini üzerine alan kişinin kusuru olmasa dahi, yardımcı kişilerinin kusurlarından dolayı o da sorumlu olacaktır⁹¹³. Olayda kusura yaklaşım tarzı, aşağıda da görüleceği üzere, Alman

⁹¹⁰ Ayr. tazminatın belirlenmesine ilişkin haksız fiillere dair kuralların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da uygulanacakları yönünde inc. BGE 92 II 240.

⁹¹¹ Inc. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 443 vd.; Tunçomağ, **Esaslar**, s. 343.

⁹¹² Bkz. Kaser/Knütel, **a.g.e.**, § 36, Pn. 25; Ranieri, **a.g.e.**, s. 797; Zimmermann, **Roman**, s. 399 vd.; Honsell, **Römisches**, s. 145: “*Gai. D. 19, 2, 25, 7: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit...*”.

⁹¹³ Bkz. Honsell, **Römisches**, s. 145: “*Wer den Transport einer Säule übernommen hat, trägt die Gefahr, wenn diese während des Transportes in die Brüche geht; dies gilt auch dann, wenn dies*

hukukunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramı içerisinde incelediği sorumluluk prensibine paraleldir.

Meselede görüşlere girmeden hemen önce, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1881 tarihli⁹¹⁴ yürürlükten kalkan eski metnini hatırlamak yerinde olacaktır. Zira söz konusu kanun, kusurluluk başlığına ilişkin olarak, mevcut art. 101 hükmüne nazaran ciddi farklılıklar içermektedir. İncelendiğinde, yürürlükten kalkan eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere⁹¹⁵, borçlu, sorumlu olacağı kişilerin kusurları göz önüne alınmak sureti ile nazara alınmaktaydı⁹¹⁶. Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu'nun 101. maddesiyle karşılaştırıldığında, bu maddenin öz olarak olmasa da, (kusurdan bahsetmesi, tüzel kişileri ayrıca ele alması, sorumluluğu üstlenilecek kişilerin ayrıca ifade edilmesi gibi hususlar değerlendirildiğinde) lafız itibariyle ciddi farklılıklar arz etmesi hemen teşhis edilebilmektedir⁹¹⁷. Aynı şekilde, yukarıda ele aldığımız Alman Medeni Kanunu'nun 278. paragrafında ve yeri geldiğinde karşılaştırma bakımından ifade ettiğimiz Avusturya Medeni Kanunu 1313. paragrafında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu belirttiğimiz eski düzenlemesinde olduğu gibi, kusur ifadesi kullanılmıştır⁹¹⁸.

Ancak kusur teriminin açıkça düzenlendiği bu somut düzenlemelerde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için yardımcı kişinin kusuru aranabilecek olsa da, sorumluluk bakımından borçlunun ayrıca kusurunun bulunmasının

nicht auf seinem Verschulden, sondern auf dem seiner Hilfspersonen beruhte.”; ayr. Kaser/Knütel, a.g.e., § 36, Pn. 25.

⁹¹⁴ Becker, **278 BGB**, s. 52.

⁹¹⁵ Bkz. Ernst Rabel, **Das Recht des Warenkaufs**, Hamburg, De Gruyter, (1957) 2011, s. 332; Hagen Hoffmann, **Die Aussenhaftung von Unternehmen nach § 831 BGB und § 31 BGB**, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2009, s. 35 vd.; Bahsi geçen hüküm: “Der schuldnr ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienmitglieder, seiner Angestellten und Arbeiter. Ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen...”.

⁹¹⁶ Andreas von Tuhr, “Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR. Art. 101”, **Schweizerische Juristen Zeitung**, S. 15, Zürih, 1921, s. 225.

⁹¹⁷ Tuhr, A., **101**, s. 225.

⁹¹⁸ Zeytin, **a.g.e.**, s. 1434; ayr. bkz. Loewenwarter, **a.g.e.**, s. 69 vd.; Jousen, **a.g.e.**, Pn. 337.

gerekmediğini ifade etmek gerekir⁹¹⁹. Diğer bir ifade ile, Alman (ve yine ABGB ve OR'de) Medeni Kanunu'nda kusurdan bahsedilmekle birlikte, burada aranan kusur borçlunun kusuru değildir⁹²⁰. Dolayısıyla da buradaki kusur "başkasının kusuru"⁹²¹, olarak ifade bulabilmektedir⁹²².

Belirttiğimiz bu hükümler doğrultusunda Alman ve Avusturya hukuklarını temel alan hukukçular bakımından, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kusur kavramının incelenmesi, kanunun da işaret ettiği doğrultuda hareket edilmesi olarak nazara alınabilecektir. Ancak Türk ve İsviçre kanun koyucularının paralel düzenlemeleri üzerine, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu ele alan yazar ve yargı çevrelerinin, farklı yorumlara gidebilme ihtimali, örneğin Alman düzenlemesini ele alan yazarlara nazaran, daha fazla olacaktır. Zira ilk bakışta kanunun lafzıyla doğrudan bir değerlendirme yapıldığında dahi, kanun koyucunun "*Borçlu,... onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür...*" ifadesini kullandığı, dolayısıyla da kusura ilişkin doğrudan bir tanımlama veya sınırlama yapmadığı görülmektedir⁹²³.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kusurun rolüne ilişkin görüşlerden bir tanesine göre, borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, yardımcı kişinin zarara sebebiyet veren davranışlarının

⁹¹⁹ Wolf, **a.g.e.**, s. 450; Rudkowski, **a.g.e.**, s. 128; Loewenwarter, **a.g.e.**, s. 69; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 468; Zunft, **a.g.e.**, s. 375; Knütel, **a.g.e.**, s. 407; Antalya, **Borçlar**, s. 303; Karahasan, **Sözleşme**, s. 560.

⁹²⁰ Loewenwarter, **a.g.e.**, s. 69; Grieder, **a.g.e.**, s. 89; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 1; Fundel, **a.g.e.**, s. 27; Zunft, **a.g.e.**, s. 375; Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 24.

⁹²¹ "*Fremdes Verschulden*"; Borçlunun kendi sorumluluğunu düzenleyen TBK md. 112'nin karşılığı olarak ele alabileceğimiz BGB § 276 bakımından ise, kusur sorumluluğunun esas olmasına paralel olarak "*haftung für eigenes verschulden*", yani kendi "kusurundan" sorumluluk ifadesi zikredilmektedir, Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 468 vd.; veya benzer şekilde "...*eigenes schuldhaftes Verhalten*" yani kendi kusurlu davranışları olarak bkz. Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 276; BGB § 278'deki "...*wie eigenes Verschulden...*" ifadesi de, borçlunun yardımcılarından dolayı, tıpkı kendi kusuru gibi sorumlu olacağını ortaya koyduğundan, iki madde arasındaki kuvvetli bağı, yalnızca öz olarak değil, lafzi olarak da görmek mümkündür.

⁹²² Fundel, **a.g.e.**, s. 27; Zunft, **a.g.e.**, s. 375; Ranieri, **a.g.e.**, s. 801; Knütel, **a.g.e.**, s. 407.

⁹²³ TBK md. 116/1.

kusurlu olması gerekecektir⁹²⁴. Diğer taraftan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesinin yardımcı kişinin kusuru olmaması halinde de borçlunun sorumluluğuna sebebiyet verebilecek şekilde uygulanmasına imkan tanıyan bu düzenlemenin, bu hukuki kurumun, TBK md. 66 (BGB § 831 – OR art. 55) anlamında adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin düzenlemedeki farkı, eleştiri getirilen bu hususlar bakımından, yok ettiği ifade edilmektedir⁹²⁵. Görüşte, yukarıda ifade ettiğimiz eski OR art. 115 hükmü üzerinden hareket edilmekte ve dolayısıyla da eski hükümde olduğu gibi, borçlunun yardımcılarının kusurlu davranışlarından sorumlu olduğu yönünde yorum yapılması gerektiği belirtilmektedir⁹²⁶. Görüşe göre, örneğin, bir işçi, tamir işinde kullanılmak maksadıyla eve götürmesi için kendisine teslim edilen şeyi eve götürürken, yoldaki bir bozukluk sebebiyle o şeyi düşürüp zarar verdiğinde, nasıl ki ona TBK md. 112 anlamında bir kusur isnat etmeyecek ve onu sorumlu tutmayacak isek; aynı şekilde bu işi yardımcı kişi eliyle yaparken yardımcının aynı sebeple düşürüp kırmasından, neden borçlu sorumlu olmalıdır sorusu sorulmaktadır⁹²⁷.

Bu görüşün başka bir ifadesine göre, borcun ifasında yardımcı kişi kullanan borçlu, yardımcı kişinin bu görevi ifa ederken kusursuz davranacağı başta olmak üzere, yardımcı kişinin işe ilişkin bilgi, yetenek ve mesleki becerileri gibi hususları da garanti etmektedir⁹²⁸. Ancak her ne kadar bir garanti sorumluluğu⁹²⁹ atfı yapılmakta ise de, bunun kusursuz sorumluluk ortaya çıkaracak bir kavramı ifade etmeyeceğini belirtmek gerekir⁹³⁰. Diğer taraftan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için, yardımcı kişinin kusurlu davranışlarının bir zarara sebebiyet

⁹²⁴ Büren, **a.g.e.**, s. 395; Tuhr, A., **101**, s. 226 vd.; Loewenwarter, **a.g.e.**, s. 69; Becker, **Obligationenrecht**, Art. 101, Pn. 20; Schmidt, **Allgemeiner Teil**, s. 586 vd.

⁹²⁵ Tuhr, A., **101**, s. 226.

⁹²⁶ Tuhr, A., **101**, s. 227.

⁹²⁷ Tuhr, A., **101**, s. 226; ayr. borçlunun, yardımcı kişilerinin yalnızca kusurlu davranışlarından değil, bilakis tüm davranışlarından dolayı sorumlu kabul edilebileceğine dair bkz., Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 501.

⁹²⁸ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 40.

⁹²⁹ “*Garantiehaftung*”.

⁹³⁰ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 40.

vermesinin aranması⁹³¹ yanında, bir diğer ihtimal ise, yardımcının doğrudan kusuru olmadığı, başka bir ifade ile, yardımcının kendine verilen işi kendi bilgi ve becerisi doğrultusunda yapmaya çalıştığı, ancak yine de alacaklı açısından bakıldığında zarar teşkil eden durumların ortaya çıkmasıdır. Bu noktada, garanti sorumluluğu ifadesinin geniş değerlendirildiğini görmekteyiz. Buna göre borçlu, yalnızca yardımcı kişinin doğrudan kusurlu davranışlarından dolayı sorumlu olmamakta; aynı zamanda başta seçim olmak üzere o yardımcının somut ifa görevine dair tüm yeterliliklerini de taahhüt etmektedir veya etmek zorundadır⁹³². Dolayısıyla borçlu, yardımcıyı mesleki bakımdan doğru seçmiş olsa da, onun kusurlu davranışları ile alacaklıya verdiği zararlardan dolayı sorumlu olacağı gibi, yardımcının yetersiz olması nedeniyle ortaya çıkacak ve esasen borçlunun bu garanti sorumluluğunu ihlal eden zararlardan da sorumlu olacaktır.

Hemen bu noktada belirtmek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunu Alman pozitif hukuk düzenlemeleri kapsamında ele alan yazarların, kusur kavramını kullanmalarında, farklı ve hususiyet arz eden bir nokta bulmamak gerekir. Zira Alman kanun koyucusu, yukarıda kısaca ifade ettiğimiz üzere, halihazırda (Tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu eski md. 115'te olduğu gibi) borçlunun yardımcı kişilerin kusurlarından sorumlu olduklarını düzenlemektedir⁹³³. Bu nedenle, günümüze kadar gelen eleştiri ve yorumlar değerlendirilirken, bu hususun da dikkate alınması doğru olacaktır⁹³⁴. Dolayısıyla, bu pozitif düzenlemeler

⁹³¹ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 101; Borçlunun hem bizzat kendi davranışlarından sorumluluğunun, hem de yardımcı kişilerinin (başkalarının) fiillerinden sorumluluğun, kusur (faillerin kusurlu davranışlarından) sorumluluğu başlığı altında sınıflandırılması için ayr. inc. Klunzinger, **a.g.e.**, s. 309.

⁹³² Caemmerer, **a.g.e.**, s. 40.

⁹³³ Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 7; Lando, **a.g.e.**, s. 240; Florina Müller, **a.g.e.**, s. 601; ayr. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, borçlunun, yardımında bulunan kişilerin kusursuzluğunu ortaya koyması gerektiğini zikrettiği bir kararı için bkz. BGE 53 II 240.

⁹³⁴ Esasen, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kusur kavramı ön plana çıkarılacak şekilde değerlendirilmiş olması, Roma hukukunun ilk dönemlerindeki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa bakış açısına yakındır. Örneğin, D. 19, 2, 60, 7 (Javlenus tarafından özetlenmiş Labeo'nun beşinci kitabında): *“Siz benim katırcı olan bir kölemi işe aldınız, ve onun kusurundan dolayı katırınızı kaybettiniz. Eğer o kendi kendini kiralamış ise, ben size ancak elde ettiğim kazanç ve kölenin peculium'u ölçüsünce tazminat ödemeyi üstlenirim. Eğer bir şekilde onu ben kiraya verdiğem, onun dolandırıcılık ve ihmali dışında birşeyden sorumlu olmayacağım. Ama eğer siz*

karşısında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun (aşağıda ele alınan şekilde) kusursuz sorumluluk ortaya koyduğunun değerlendirilmesi olasılığı, daha uzak bir ihtimal olarak karşımıza çıkacaktır⁹³⁵.

Yukarıda bahsettiğimiz görüşün zıddı olarak zikredebileceğimiz kusursuz sorumluluğa ilişkin görüşte ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için borçlu veya yardımcı kişinin kusurlu olmasının gerekmediği⁹³⁶ (veya kusurun aranmamasının daha uygun olacağı⁹³⁷), İsviçre Borçlar Kanunu 101. maddesinin kusurun aranmasını ortadan kaldıran bir sebep sorumluluğunu düzenlediği belirtilmektedir⁹³⁸; ki bu durumun, kanun metninden de açıkça anlaşılabileceği ifade edilmektedir⁹³⁹. Ancak bahsettiğimiz görüşte, yardımcı kişi kullanılan bir olayda her hal ve şartta, meydana gelen zarardan dolayı yardımcı kişinin sorumlu olacağı şeklinde bir kusursuz sorumluluktan bahsedilmemektedir. Başka bir ifade ile, bu görüşün ele aldığı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, her ne kadar kusur gerektirmeyen bir sorumluluk olarak ele alınsa da, bu sorumluluğun kapsamına engellenemeyecek olaylar veya uygun illiyet bağının kurulamadığı durumlar girmeyecektir; ki bu haliyle görüşün, her durumda sorumluluk kabul eden bir yapı

bir belirleme olmaksızın bir katırcı kiraladıysanız, ve ben size kusurlarıyla hayvanları telef eden birini yönlendirmiş isem, kusurdan dolayı sorumlu olmam gerektiğini söylüyorum, çünkü böyle bir zarara sebep olan köleyi seçtim.” şeklinde tercüme edebileceğimiz metinde de görüldüğü üzere, bu dönemde yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukta kusur kavramı ön plana çıkmaktadır. Roma hukukunun en etkili olduğu yerlerin başında Almanya’nın geldiğini ifade etmiştik. Alman hukukunda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünde kusur ifadesinin de zikredilmiş olması, bu düşünceyi desteklemektedir; Bahsi geçen metin için ayr. bkz. Bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 57: “D. 19, 2, 60, 7 (Labeo posteriorum libro quinto a Iovolenae epitomatorum): *Servum meum mulionem conduxisti: neglegentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestitorum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret.”; Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D19_Scott.htm#II, sz. 29.11.2017.*

⁹³⁵ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile anlaşılması gerekenin (kausalen haftung) sebep sorumluluğu değil, (gesetzlicher Verantwortlichkeit) “kanundan doğan üçüncü kişinin davranışından sorumlu tutulabilme” olduğu da ifade edilmektedir, Antalya, **Borçlar**, s. 305.

⁹³⁶ Serozan, **C. III**, s. 286, Pn. 4.

⁹³⁷ Tunçomağ, **Esaslar**, s. 343.

⁹³⁸ Büren, **a.g.e.**, s. 394; Tschudi, **a.g.e.**, s. 39 vd.

⁹³⁹ Auer, **a.g.e.**, s. 18; TBK md. 116’nın kusursuz sorumluluk ortaya koyduğuna dair bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 1.

ortaya koymadığını da belirtmek gerekir⁹⁴⁰. Dolayısıyla buradaki sorumluluğu, sebep sorumluluğu ile ifade etmenin (OR art. 103) TBK md. 119/1'deki "*Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur.*" hükmündeki anlamı verecek bir genişliğe ulaşmadığını söyleyebiliriz⁹⁴¹. Ancak, somut olayda temerrüde düşülmesi, yardımcı kişilerin davranışları neticesinde gerçekleşmiş ise, TBK md. 119/1 hükmünün de uygulanması beklenmelidir.

Somut bir örnekte ise, at arabasıyla taşıma işi üstlenen kişi, sözleşmenin aksine, bir uşağını bu işi yapması hususunda görevli tayin eder ve işi ona verir. Sürücü olarak görevlendirilen kişi bu işte ehildir; ancak yolda giderken aniden atların ürkmesi neticesinde bir kaza meydana gelir. Bunun gibi bir örnek üzerinden yapılan açıklamaya göre de, her ne kadar kusur aranmadığı ifade ediliyor olsa da, somut olayda sırf yardımcı kişi kullanılmış olması, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğurmayacak, aynı zamanda yardımcı kişi kullanılmasının ortaya çıkan zararın doğumunda uygun illiyet bağına tamamlıyor olması da gerekecektir⁹⁴².

Diğer başka bir örnekte, özel hastanede tedavi altında olan ve tedavisinde modern tıbbın elverdiği tüm imkanların kusursuzca uygulandığı bir hastanın vefat etmesinden veya bir uzvunu kaybetmesinden dolayı, sırf bir yardımcı kişi (doktor, alt vekil doktor veya hemşire) kullanıldı diye yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilemeyecektir⁹⁴³. Şöyle ki, bir doktorun asistanının, tıbbi kurallara uygun olarak kloroform ile bayılttığı hastanın, narkoz etkisinde ölmesi olayında, sırf yardımcı kişi kullanıldığı için yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğması, yine bu görüş kapsamında da kabul bulmamaktadır⁹⁴⁴. Dolayısıyla da, ölümün tesadüfen hasta narkoz etkisi altındayken gerçekleşmesi veya ölüme narkoz sebebiyet vermiş olsa da

⁹⁴⁰ Tschudi, **a.g.e.**, s. 40.

⁹⁴¹ Tschudi, **a.g.e.**, s. 40; Yine OR art. 101'in düzenlediği sorumluluğun (sözleşmesel bir sorumluluğu ele alması, yardımcının kusurunu da hesaba katması gibi hususlar değerlendirilmediği durumda) esasen görünüşte sebep sorumluluğu olarak ele alınabileceği yönünde bkz. Honsell, **Hilfspersonen**, s. 786.

⁹⁴² Tschudi, **a.g.e.**, s. 42 vd.

⁹⁴³ Tschudi, **a.g.e.**, s. 43.

⁹⁴⁴ Tschudi, **a.g.e.**, s. 43.

narkoz vermenin tüm mesleki kurallara uygun şekilde icra edilmiş olması gibi değerlendirmeler ışığında da, doktor görev verdiği asistanının fiillerinden sorumlu olmayacaktır. Zincirleme olarak da (eğer olayda söz konusu ise), doktoru istihdam eden özel hastanenin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak, yardımcı kişi kullanmanın zararın sebebini teşkil etmesi sınırlamasının da, bu görüşü muğlak bir durumda bıraktığı ve daha somut bir kriterin kabul edilmesi gerektiği de, bu görüş karşısında ifade edilmiştir⁹⁴⁵.

Bahsi geçen ve birbirinin zıddı olan farklı görüşler dışında ifade edeceğimiz bir görüş ise, gerek İsviçre, gerek Alman, gerekse de Türk doktrinde hakim görüş olarak ifade edilmektedir⁹⁴⁶. Bahsi geçen hakim görüşe göre⁹⁴⁷, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılan bir olayda, yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlardan dolayı borçlunun sorumlu olup olmayacağının tespiti için bakılması gereken unsur, zararı doğuran yardımcı kişinin fiilini borçlu bizzat kendisi yapsaydı kusurlu sayılıp sayılmayacağının ve sorumlu olup olmayacağının değerlendirilmesidir⁹⁴⁸. Burada görüşün ifadesi (*Hypothetisches Verschulden*⁹⁴⁹ veya *Hypothetisches Vorwerfbarkeit*⁹⁵⁰) Farazi/Varsayımsal Kusur⁹⁵¹ olarak ifade edilmektedir⁹⁵². Federal Mahkeme de bir kararında, yardımcı kişinin seçimi, denetimi gibi hususlarda

⁹⁴⁵ Şenocak, **Yardımcı**, s. 210.

⁹⁴⁶ Koller, **101**, s. 92 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 444 vd.; Şenocak, **Yardımcı**, s. 210 vd.; Schwarze, **a.g.e.**, s. 574, Pn. 47.

⁹⁴⁷ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 133; Bucher, **a.g.e.**, s. 351; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 210, Pn. 33; Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 229; Honsell, **Hilfspersonen**, s. 787.

⁹⁴⁸ Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 229; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 133 vd.; Koller, **101**, s. 92 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 351; Koller, **Vertragsverletzungen**, s. 1498; Şenocak, **Yardımcı**, s. 210 vd.; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 210, Pn. 33; inc. Fundel, **a.g.e.**, s. 52; Honsell, **Hilfspersonen**, s. 787; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 27; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1434; İnal, **Aykırılık**, s. 597; BGE 90 II 15 (18).

⁹⁴⁹ Koller, **Vertragsverletzungen**, s. 1498; Koller, **101**, s. 92; ayr. “*hypothetische Vorwerfbarkeit*” olarak bkz. Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 133 vd., Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 3, Brieskorn, **a.g.e.**, s. 163; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1008; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.10; Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 229; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 5; Florina Müller, **a.g.e.**, s. 601.

⁹⁵⁰ Honsell, **Hilfspersonen**, s. 787.

⁹⁵¹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 202 vd.; İnal, **Aykırılık**, s. 597; Grieder, **a.g.e.**, s. 88.

⁹⁵² Yardımcı kişinin esasen borçlunun uzatılmış bir kolu olarak değerlendirilmesi için bkz. Schwarze, **a.g.e.**, s. 574, Pn. 47; Kanunda farazi kusurun kaynağının olmadığı ve terkedilmesi gerektiği yönünde ayr. bkz. Honsell, **Hilfspersonen**, s. 789.

ihdimam eksikliği bulunmamasına rağmen farazi kusurun bulunmasının, yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluk için yeterli olacağını zikretmiştir⁹⁵³.

Görüş kapsamında yardımcı kişinin kusurlu olup olmadığının tespitinde ise (kusuru oluşturan dikkat ve özen kriterleri bakımından), borçlunun baz alınacağını kabul edildiğini ifade edebiliriz⁹⁵⁴. Borçlu kural olarak, bir borcun yerine getirilmesi için gerekli olan özeni gösteren bir kişi gibi hareket etmek zorundadır⁹⁵⁵. Dolayısıyla, yardımcı kişinin borcu ifa ederken gösterdiği dikkat ve özen, borçlunun somut olayda (eğer bizzat kendisi ifa ediyor olsa idi) göstermesi gerektiği varsayılan dikkat ve özen düzeyinde değil ise, borçlunun sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁹⁵⁶. Elbette buradaki özenin ölçüsü her olayın kendi şartları içerisinde ve her borçlunun yaptığı iş ile ölçülecek ve borçlunun doktor, satıcı, veya yüklenici olması, özen anlamında farklı hususiyetleri ortaya çıkaracaktır⁹⁵⁷. Ancak özene ilişkin özel hükümlerin varlığına⁹⁵⁸ da dikkat etmek gerekir⁹⁵⁹. Dolayısıyla bir adi şirketin söz konusu olduğu bir olayda, ortakların özeni değerlendirilirken, ortaklar arası ilişkilerin önem kazanması mümkün olacaktır. Bunun gibi, bir bağışlama sözleşmesi söz konusu olması halinde de buna ilişkin TBK md. 294/1'deki "*Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir...*" hükmünün değerlendirilmesi gerekecektir; ki bu durumda hafif kusurdan dolayı sorumluluk ortadan kalkabilmektedir⁹⁶⁰.

Diğer taraftan bazı örneklerde ise yardımcı kişi kusurlu olsa dahi borçlunun sorumlu olmayabileceği de ifade edilmiştir. Şöyle ki, bir grip hastasının genel bir hekime başvurduğu bir olayda, kendisine başvuru alan hekim, hastanın tedavisini

⁹⁵³ BGE 90 II 21.

⁹⁵⁴ Koller, **101**, s. 92 vd.; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 27.

⁹⁵⁵ Koller, **101**, s. 93.

⁹⁵⁶ Koller, **101**, s. 93; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 27.

⁹⁵⁷ Koller, **101**, s. 93.

⁹⁵⁸ Örneğin Adi Şirket Sözleşmesi'ne ilişkin bkz. md. 628: "*Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür...*".

⁹⁵⁹ Koller, **101**, s. 94.

⁹⁶⁰ Koller, **101**, s. 94.

başka bir doktora bırakır, ki bu doktor kalp uzmanıdır. Bu olayda kalp uzmanı asistan hekim, hastaya verdiği ilaçlarla, onun kalp krizi geçirmesine sebebiyet verir. Bu olayda kalp uzmanı asistan hekimin sorumluluğu söz konusudur; ancak kendisine işi veren ilk hekimin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında sorumlu tutulabilmesi için onun da bu durumun ortaya çıkacağını önceden öngörmüş veya öngörmesi gerekiyor olduğunun da kabul edilmesi gerekir denilmektedir⁹⁶¹. Dolayısıyla, ilk hekim zarara sebebiyet verecek olan durumu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, farazi kusur şartı gerçekleşmemiş olacak ve olayda sadece asistan kendi kusurundan dolayı kendisi sorumlu olacaktır⁹⁶².

Ancak burada⁹⁶³, her ne kadar ilk hekim sorumlu kabul edilmeyecek denilse de, örneğin (varsa) ilk hekimi istihdam eden hastanenin de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk dolayısıyla sorumlu olması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Esasen Yargıtay'ın da ifade ettiği gibi, hastalar, tedavi olmak için gittikleri hastanede doktor ile değil, hastane ile doğrudan bir sözleşme ilişkisi içerisinde girmektedirler⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ Koller, **101**, s. 95.

⁹⁶² Koller, **101**, s. 95.

⁹⁶³ Alt yardımcı kişilerden birinin kusurlu olmasının, işi yardımcıya devreden ilk kişi olan esas borçlunun sorumluluğuna sebebiyet vereceğine ilişkin kurallardan ve görüşlerimizden ötürü.

⁹⁶⁴ YHGK, 21.10.2009 T., 2009/13-393 E., 2009/452 K.: "...Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye "Hastaneye Kabul Sözleşmesi" adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır (B.K. m. 11/1); hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam (bölünmemiş) ya da kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır...

...Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından, günümüzde gerek Alman ve İsviçre hukuklarında, gerekse Türk hukukunda "karma sözleşme" olarak kabul edilmektedirler. Ancak uygulamada getirilen çözümlerde farklılıklar görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda, kabul sözleşmesinin çeşidi ne olursa olsun, hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanır, İsviçre hukukunda, hasta ile özel hastane arasındaki ilişki, aynen serbest çalışan bir hekim ile hasta

Dolayısıyla bu son ihtimalde görülmektedir ki, alt yardımcı kişiler silsilesi içerisinde bir üst devreden sorumluluğuna gidilemiyor olması, alt yardımcılarından birinin kusuruyla verdiği zararın hiç kimseye yansıtılmayacağı anlamına gelmeyecek ve yardımcılarından herhangi birinin kusuru ile alacaklıya verdiği zararlardan dolayı esas borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olacaktır.

Ayrıca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile ilintili olarak özel bir hüküm anlamında ele alınabileceği ifade edilen OR art. 399, TBK md. 507 hükmünde ise vekalet ilişkisinde vekilin, alt vekile başvurmaya yetkili olduğu hallerde, alt vekilin seçiminde ve ona talimat vermekte özen göstermiş olmakla yükümlü olacağı ifade edilmektedir; ki böyle bir durumda, tıpkı TBK md. 66'daki hükme benzer bir kurtuluş imkanının ele alınıyor olduğu konusunda da bağ kurabiliriz⁹⁶⁵.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Görüşler karşılaştırıldığında, ilk olarak belirtmeliyiz ki, (sorumluluğun daha kapsamlı ve soyut ifade edildiği düşüncesiyle) doktrinde hakim olan görüşün uygulanmasının yerinde olduğu fikrindeyiz. Şöyle ki, kanaatimizce de borçlunun, bir yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için bakılması gereken husus, eğer zararı doğuran fiiller yardımcı kişi tarafından değil borçlu tarafından işlenmiş olsaydı kusurlu ve sorumlu olup olmayacağıdır⁹⁶⁶.

Hatta bu görüşe göre, yardımcı kişi esasen temyiz gücünden yoksun olsa dahi, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu, o fiil kendisince

arasındaki hukuki ilişkide olduğu gibi, "vekalet" olarak nitelenmektedir. Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir..." (KİB).

⁹⁶⁵ Bucher, **a.g.e.**, s. 352; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 999; Oser/Schönenberger, **Art. 101**, Pn. 12; inc. BGE 112 II 353.

⁹⁶⁶ Ayr. bir şeyi başkası aracılığı ile yapanın onu kendisi yapmış gibi olduğuna ilişkin olarak kullanılan, genel bir hukuk deyimine dair bkz. Wharton, **a.g.e.**, s. 149, Mx. 75: "*Qui facit per alium facit per se. Qui per alium facit, per seipsum facere videtur. He who does anything by another does it by himself. He who by another does anything is himself considered to have done it.*".

işlenseydi sorumlu olup olmayacağına göre değerlendirileceği için, temyiz gücünden yoksun olan yardımcı kişinin borca aykırı davranışlarından da, borçlu sorumlu olacaktır⁹⁶⁷. Kaldı ki böyle bir durumda, temyiz gücü dahi bulunmayan bir kişinin borcun ifası için görevlendirilmiş olması da, somut olayda⁹⁶⁸ başlı başına borçlunun kusurunu da teşkil edebilecektir. Bir başka açıdan ise somut olayda çoğu zaman ifasına başvurulmuş yardımcı kişi, o görev hususunda, esas borçludan daha detaylı bilgiye sahip olacaktır. Bu durum için ise, borçlu eğer sözleşme ile üzerine aldığı görev konusunda gerekli teknik bilgi, beceri ve yeterliliklere sahip olsaydı ve yardımcı kişinin somut olaydaki fiillerinde bulunmuş olsaydı onun sorumluluğu nasıl nazara alınacak idiyse, ona göre karar vermek gerekir denilmektedir⁹⁶⁹. Buna göre, somut olaydaki yardımcı kişinin işe ilişkin bilgi, tecrübe ve deneyimi (ve ayrıca esasen o iş için uygun bir kişinin nitelikleri) borçluya yüklendiğinde ve borçlu yaptığı (somut olayda yardımcının yaptığı) fiiller ile zarara sebebiyet verse idi kusurlu sayılıp sayılmayacağına bakılması gerektiği ifade edilmektedir.

Diğer taraftan, yukarıda da kısaca ifade edildiği üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta yardımcı kişinin özen borcunun ölçüsü de, esasen borçluya göre değerlendirilecektir. Örneğin, yardımcı kişi kendi kişisel özellikleri ve içinde bulunduğu durum bakımından gerekli özeni göstermiş olsa da, eğer borcun ifası yardımcı kişi eliyle değil de, bizzat borçlunun kendisince ifa edilmiş olsaydı zararlar doğmayacak veya zararların doğmasında kusurlu sayılmayacak idiyse, borçlunun sorumluluğuna gitmek gerekir. Zaten düşünüldüğünde, borçlu kendisi ifa edeceği bir borcu başkasına devretmekle birlikte, borcun gereği gibi ve en az kendisi kadar özenli ve doğru şekilde yerine getirileceğini üstlenmiş kabul edilecektir. Burada Yargıtay'ın da (doktrindeki hakim görüşe atıf yapmak suretiyle) kabul etmiş olduğu

⁹⁶⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 218; Buna karşılık, yardımcı kişi kullanan kişinin ayırtetme gücüne sahip olmaması durumunun ise ayırtetme gücü olmayan kişi lehine yorumlanarak, böyle bir durumda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmaması gerektiğinin belirtildiğini de ekleyebiliriz., bkz. Zeytin, **a.g.e.**, s. 1434.

⁹⁶⁸ Somut olayda ifadesini kullanıyoruz. Zira, kullanma yardımcısı kavramı da göz önüne alındığında, çoğu durumda kullanma yardımcısı sıfatını taşıyan kişinin de (örneğin kiracının ailesi üyelerinden birisinin) ayırtetme gücüne sahip olmaması mümkündür. Yine, borcun ifasında bu gibi kişilerin kullanılmasının, doğrudan borca aykırılık olmayabileceğini de düşünmek gerekir.

⁹⁶⁹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 216.

üzere, işin kendisine devredildiği kişinin alacaklıya karşı gerçekleştirdiği fiilleri, kendisi için bir kusur teşkil etmiyor olsa dahi, bu davranışlar borçlu tarafından gerçekleştirilse idi borçlunun sorumlu olup olmayacağının ele alındığını, ifade edebiliriz⁹⁷⁰.

Dikkat etmek gerekir ki, borçlunun işi ifa için seçtiği kişilerin, kendisinden daha donanımlı ve o konuda daha ehil olmaları da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğumunu engellemeyecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu hususu zikretmektedir⁹⁷¹. Kaldı ki, çoğu durumda da, iş bölümü gereğince de yardımcı kişiler, borç ilişkisindeki kişilerden daha ehil kişiler olacaklardır. Dolayısıyla borçlu, yardımcı kişinin, kendisinden daha uzman olduğunu veya daha az bilgi sahibi olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Zira burada esas alınan kişi, borçlunun kendisidir. Öyle ki, bu duruma ilişkin olarak “...Çıraftan ustalık, asistandan profesör bilgisi ve deneyimi, bekçiden de korkuya kapılıp yüksek

⁹⁷⁰ Bkz. Yarg. 11. HD, 17.01.1980 T., 1980/1 E., 1980/133 K.: “...Dosya içeriği ve toplanan kanıtlara göre, dava konusu malların, aktarmadan sonra ve yardımcı şahıs durumundaki, davalı bankanın üst taşıması sırasında kaybolduğu anlaşılmaktadır. Böylece, yardımcı şahsın, borçlu taşıyana ait edimi ifada kusurlu olduğu açıktır. Yargılamada belirlenen bu durum bir yana, BK.nun 100. maddesi uyarınca, aynı Yasanın 55/2. maddesi hükmünün tersine, yardımcı şahıs kullanan borçlunun, adam çalıştıranlar hakkında öngörülen "kurtuluş beyyinesinden" yararlanması olanağı yoktur. Ayrıca, yardımcı şahsın, işi yaparken alacaklıya verdiği zararda, kusurlu olması da koşul değildir. Yardımcı şahsın, kayba yol açan ve diğer davalı asıl taşıyanın sorumluluktan kurtulması düşünülemez.

Aslında, BK.nun 100. maddesi hükmü uyarınca, yardımcı şahıs sıfatı taşıyan davalı bankanın kusursuzluğu saptansa bile, borçlu (asıl taşıyan) işi yardımcı şahıslara bırakmayarak, bizzat yapmış olsaydı, anılan zarardan kendisi kusurlu sayılabilecek durumdaysa, zarardan, borçlunun sorumlu tutulması zorunludur. Bilimsel öğretide çoğunluk görüşü de bu yoldadır (Bkz. Necmeddin F. Feyzioğlu, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" İst. 1977, C. 2, s. 203 ve dipnot 246'daki yazarlar). Navlun sözleşmesi uyarınca teslim aldığı malı, gönderilene teslim edilene kadar, noksansız ve hasarsız biçimde taşıma yükümü bulunan taşıyıcının, taşıma sırasında olduğu saptanan kayıp nedeniyle kusurlu ve sorumlu olacağını, kabul doğaldır. Bu yaklaşımla da, navlun sözleşmesinin tarafı olan asıl taşıyıcının sorumluluğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Davalı asıl taşıyıcının, BK.nun 100/2. maddesinde öngörülen biçimde (sorumluluk sözleşmesi) bulunduğu yolunda herhangi bir savunması da yoktur. Her ne kadar, konişmentoda, taşıyana yolculuk sırasında, malı başka bir gemiye aktarma yetkisi, tanınmışsa da, bunun sorumsuzluk sözleşmesi olarak yorumlanması olanağı yoktur. Konişmentonun anılan bölümde sorumsuzluğa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu kayıt TTK.nun 1028. maddesinde öngörülen ve aktarma nedeniyle izinsiz yüklemekten doğacak sorumluluğu önler niteliktedir...” (KİB).

⁹⁷¹ BGE 70 II 221.

*tansiyon krizinden ötürü bayılıp hırsızlığa yol açmaması beklenir!...*⁹⁷² örnekleri kullanılarak, borçluya isnat edilenin, yardımcının kusurundan ziyade belirli bir fiili olduğu ve bu durumun da borçlunun farazi kusurunu teşkil edeceği ifade edilmiştir⁹⁷³. Dolayısıyla, dış etkiler vs. gibi kaçınılmaz⁹⁷⁴ durumlardan kaynaklanmadığı sürece⁹⁷⁵, yardımcının kusursuz olması da borçluyu sorumluluktan kurtarmayacaktır⁹⁷⁶.

Bu noktada, uygulamadaki bariz yoğunluğu nedeniyle, borcun ifası için kullanılan yardımcı kişiden bahsediyor olmamıza rağmen, esasen borç ilişkisinden doğan bir hakkı kullanan kullanma yardımcılarının fiillerinden sorumluluğun da, aynı şekilde değerlendirileceğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla, borç ilişkisinden doğan bir hakkı kullanan yardımcı kişinin fiilinden dolayı, esas hak sahibinin sorumlu tutulabilmesi için, somut olayda, hak sahibi o hakkı kullanırken aynı fiili işleseydi ve aynı zarar ortaya çıksaydı kusurlu sayılır mıydı ve bundan sorumlu olur muydu sorusunun değerlendirmesi yapılacaktır.

⁹⁷² Serozan, **C. III**, s. 286, Pn. 4; Buna karşılık, buradaki gibi bir bakış açısının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün kaleme alındığı zamanın aksine, günümüzde ölçüt olabileme vasfını yitirdiği; bir hastane sahibinin, bu kişinin yardımcı kişilerinden sayılan uzman bir doktor ile karşılaştırılarak sorumlu tutulması (farazi kusur) yerine, fiilin mesleki standartlara göre değerlendirilmesi yoluyla sorumlu tutulması gerektiği yönünde ayr. bkz. Zeytin, **a.g.e.**, s. 1438.

⁹⁷³ Serozan, **C. III**, s. 286, Pn. 4; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 28.

⁹⁷⁴ Özel olarak, kaçınılmazlık durumuna ilişkin olarak bkz. 21. HD, 23.05.2017 T., 2017/1388 E., 2017/4357 K.: “...Önlenemezlik unsuru, tamamen davranış normu ve borca aykırılıkla ilgili olup alınabilecek tüm tedbirler alınmış olursa dahi bir davranış normunun veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlalinin ifadesidir. Yani olay önlenemez olmasına rağmen bir davranış kuralına yada sözleşmeden doğan borca aykırılık önlenebiliyorsa artık kaçınılmazlıktan söz etme imkanı yoktur...” (SMİP).

⁹⁷⁵ Ve elbette aynı durum, ifayı gerçekleştiren kişi bizzat borçlu olsaydı, onun için de kusursuzluk durumunu meydana getirmiş olmayacağı sürece. Zira, bahsi geçen hallerin borçlu için de sorumluluktan kurtulmaya sebep oluşturacak nitelikte olması gerekecektir ki, borçlu TBK md. 116’ya karşı kendini savunabilsin.; ayr. inc. Yarg. 3. HD, 29.09.2016 T., 2016/9444 E., 2016/11405 K.: “...Sorumluluk hukukunun önemli öğelerinden biri de zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Ancak illiyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Teoride ve uygulamada mücbir sebep, zarar görenin tam veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir, bu üç olgudan birinin bulunması hâlinde kusursuz sorumlu kimse de sorumluluktan kurtulacaktır...” (SMİP).

⁹⁷⁶ Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 30; dolayısıyla, zararın yardımcı kişinin ayırtetme gücünü kaybettiği bir sırada meydana gelmesi halinde de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk oluşacaktır denilmektedir, **a.e.**, md. 116, Pn. 30.

Belirttiğimiz üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kusur şartı, esasen üç ana başlık altında toplanılmak suretiyle ele alınmaktadır⁹⁷⁷. Bunlardan (farazi kusur görüşü hariç) birisine göre yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, tıpkı eski İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu, Avusturya Medeni Kanunu gibi kanunlarda da doğrudan düzenlenmiş olduğu gibi kusura dayalı bir sorumluluk olarak değerlendirilmeli iken; diğer birisine göre yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta yardımcının kusurunu aramamak gerekecektir.

Kanaatimizi bu görüşlerden yana kullanmasak da, bazı hallerde kişinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulması, TBK md. 116'nın kusurun aranmadığı bir sorumluluk ifade edecek şekilde de uygulanabildiğini göstermektedir. Şöyle ki, kiracının eşinin evde tüpü açarak intihar etmesi ve tüpün patlayarak eve zarar vermesi karşısında, kiracı olan eşi (intihar eden eşi kullanma yardımcı olarak değerlendirmek suretiyle) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutduğumuz bir durumda (ki bize göre de öyle olmalıdır), buradaki sorumluluğu herhangi bir özen ihlali gibi bir düşünce ile açıklayamayız. Her ne kadar kiracı, eşini eve getirerek onu kira sözleşmesinden doğan hakkının kullanını yapmış ve bu sözleşmesel alana dahil etmişse de, burada yukarıdaki farazi kusura ilişkin olarak ele aldığımız “özen” ile ilgili hususları tekrarlayamayacağız. Eşin seçiminin mi kusurlu olduğu veya eşin hangi konuda kötü yetkilendirildiği veya talimatlandırıldığı gibi sorular, burada işlemez durumdadır. Belki örnekte zararı veren eş değil de, velayet altındaki bir çocuk olsa idi, TMK md. 369⁹⁷⁸ değerlendirme söz konusu olabilirdi. Ancak biz her ne kadar hakim görüşü kabul etsek de, somut bazı durumlarda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kusursuz sorumluluğa yaklaşacak bir

⁹⁷⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 443 vd.

⁹⁷⁸ “Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.

Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Zorunluluk hâlinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamdan ister.”.

biçimde karşımıza çıktığını da belirtmeliyiz⁹⁷⁹.

Yine eklemek gerekir ki, sözleşme tarafının yardımcılarının verdiği zararlardan dolayı sorumluluktan kurtulma imkanı, bazı özel hükümler kapsamında farklı ele alınmış olabilir. Bu gibi hallerde, farazi kusur olup olmadığı gibi hususlar dışında, özel hükümlerin incelenmesi gerekecektir. Türk Sivil Havacılık Kanunu hükümlerine göre yolcuların, yükün veya bagajın uğradığı zararlardan dolayı sorumluluk bakımından getirilmiş olan, “*Taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumlu değildir.*” şeklindeki TSHK md. 123 hükmü, buna örnek gösterilebilir.

Yukarıdaki kusurluluk ile ilgili tüm bu görüşlerden sonra önemli bir noktayı son olarak ifade etmek isteriz. Öyle ki, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 2020 yılında yürürlüğe girmesi noktasında tasarı halinde bulunan metnindeki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesine baktığımız zaman, borçlunun, bir borcun ifasında veya bir hakkın kullanılmasında görevlendirilen bu kişinin davranışlarından dolayı “*bizzat kendisi yapmış olsa idi sorumlu olmayacağını kanıtlamadığı müddetçe*” sorumlu olduğu düzenlenmektedir⁹⁸⁰. Dolayısıyla taslak halinde duran metinde de, yukarıda belirttiğimiz bu hakim görüşün pozitif hukuk hükmü olarak da kabul edilmesi düşünüldüğünü ve buna göre hareket edilmiş olduğunu da eklemek gerekir⁹⁸¹. Böylelikle tasarı kanunlaşması halinde, (en azından kaynak İsviçre Hukuku bakımından) doktrinle kanun hükmü lafzi olarak da paralel olacaktır.

⁹⁷⁹ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun, kusur sorumluluğu ilkesinden ayrıldığı, kusursuz sorumluluğa yaklaştığı, ancak yine de tam bir kusursuz sorumluluk kurumu olmadığı yönünde ayr. bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 889.

⁹⁸⁰ Ts. OR 2020 art. 119: “*Bedient sich der Schuldner zur Erfüllung einer Pflicht oder zur Ausübung eines Rechts einer Hilfsperson, hat er für deren Verhalten einzustehen, es sei denn, er bewiese, dass er nicht haften würde, wenn er selbst gehandelt hätte.*”.

⁹⁸¹ Ayr. farazi kusur olgusunu kabul etmeye ilişkin dayanak bir hükmün olmaması dolayısıyla, bu kavramdan vazgeçilmesi gerektiği lehinde olarak bkz. Honsell, **Hilfspersonen**, s. 789; Ancak tasarının yasalaşması durumu, bu eleştiriyi de dayanaksız bırakacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞARTLARI GERÇEKLEŞEN YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK NEDENİYLE DOĞAN ZARAR, ZARARIN TAZMİNİ VE KİYASEN UYGULAMA

I. Genel Olarak Borca Aykırılıktan Doğan Sorumluluğun Şartları

A. Borca Aykırı Bir Davranış

Borca aykırılık¹ vesilesiyle doğacak sorumluluğun ilk şartı, borca aykırılığa sebebiyet veren bir davranışın mevcut olmasıdır². Yukarıda yeri geldiğinde ifade etmiş olduğumuz üzere, esasen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun ortaya çıkabilmesi için borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin sözleşmeden doğuyor olması şart değildir³. Dolayısıyla, gerek haksız fiilden doğsun, gerek sebepsiz zenginleşmeden doğsun, herhangi bir borç ilişkisinin mevcut olması⁴ gerekli olduğu gibi yeterlidir de. Ancak, hem verdiğimiz örnekler, hem de hükmün uygulanması düşünüldüğünde, bahsi geçen borç ilişkisinin çok büyük bir çoğunluğunun hatta neredeyse tamamının, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinden hasıl olacağını ifade

¹ Ayr. inc. Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 803 vd.

² YHGK, 14.01.2015 T., 2014/3-8 E., 2015/10 K.: “...Geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmede, tarafların sözleşmeye uygun hareket etmeleri, edimlerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmeleri, edimin ifasını imkansız hale getiren her türlü davranıştan kaçınmaları zorunludur. TBK. m. 112 (BK. m. 96) hükmüne göre; “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

Borçlunun edimin ifasını kusuruyla imkansız hale getirmesi TBK. m. 112 anlamında borca aykırı bir davranıştır. Borçlu bu durumda alacaklının uğradığı tüm zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür (Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 636-643)... (KİB).

³ Koller, 101, s. 37; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 18 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 996; Weiler, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 30; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435.

⁴ Koller, 101, s. 37; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 18 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 996; Weiler, **a.g.e.**, s. 249, Pn. 30; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 435; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1430.

edebiliriz⁵.

Borca aykırılık unsurundaki bu borca aykırı davranış, aktif bir fiil şeklinde olabileceği gibi, pasif bir yapmama şeklinde de ortaya çıkabilecektir⁶. Yani borçlu veya yardımcısı, borcu yerine getirirken yapmaması gereken bir şeyi yaparak veya yapması gereken bir şeyi hatalı yaparak borca aykırı davranmış olabileceği gibi, hiç yapmayarak da borca aykırılığa sebebiyet vermiş olabilecektir⁷. Bu noktada, borçlunun sorumluluğuna sebebiyet veren davranış, borç ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir davranış olabileceği gibi, sözleşme öncesine ait döneme ilişkin (*Culpa In Contrahendo*) yardımcı kişilerin davranışlarının da, sözleşmesel sorumluluk kapsamında borçlunun sorumluluğuna yol açabileceğini ifade etmeliyiz⁸.

Borca aykırı davranışın haksız fiiller bakımından karşılığı ise (*Rechtswidrige Handlung*⁹) hukuka aykırı fiildir¹⁰. Borcun ihlal edilmesindeki borca aykırılığı oluşturan unsur gibi, haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırı davranış da, hem yapma şeklindeki icrai bir davranış ile hem de yapmama şeklindeki ihmali bir kaçınma ile meydana gelebilecektir¹¹. Ayrıca sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir

⁵ Örneğin, bkz. Yarg. 3. HD, 19.04.2017 T., 2015/19388 E., 2017/5754 K.: "...Hukuki işlemlerden ve bunun en yaygın türü olan sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun borcunu anlaşılmaya uygun bir şekilde yerine getirmesi gerekir. Borçlu anlaşılmaya uygun davranmazsa alacaklı borca aykırılık hükümlerini işletir ve mümkün ise borcun aynen ifasını, değilse doğan zararının giderilmesini talep eder..." (SMİP).

⁶ Ayr. inc. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 22; İmre, **a.g.e.**, s. 9.

⁷ Daha genel olarak ise, borca aykırılık kavramı altında, imkansızlık, temerrüt ve kötü ifa kavramlarının bulunduğu ve TBK md. 112 hükmünün bu üç kavramı da kapsadığı kabul edilmektedir., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 851 vd.; ayr. bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 811; inc. Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 1.

⁸ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 281 vd.; Rainer Gonzenbach, **Culpa in Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1987, s. 161; Rosenthal/Kamnitzer/Bohnenberg, **a.g.e.**, Pn. 847; Koller, **101**, s. 158; Dreyer, **a.g.e.**, s. 36; Kress/Weitnauer/Ehmann, **a.g.e.**, s. 307 vd.; inc. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 382, Pn. 1253; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 3; bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 436; Şenocak, **Yardımcı**, s. 274 vd.; Zerres, **a.g.e.**, s. 144; Emmerich, **a.g.e.**, s. 123.

⁹ Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 7.

¹⁰ Ayr. Becker, **Obligationenrecht**, Art. 55, Pn. 8; ayr. inc. Bucher, **a.g.e.**, s. 250 vd.; Atamer, **Haksız**, s. 24; Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 18.

¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 876 vd.; Zarar görenin yardımcılarına dair olarak ayr. inc. Koenigs, **a.g.e.**, s. 23.

durumun, aynı zamanda haksız fiil teşkil edebileceğini de ifade edebiliriz¹². Bunun karşılığında, bir (haksız) fiilin, aynı zamanda sözleşmenin ihlali durumunu da ortaya çıkarmadığı durumlarda ise, yalnızca haksız fiil sorumluluğu doğacaktır¹³. Bu noktada tekrar etmek gerekir ki, savunduğumuz görüşlerden de anlaşıldığı üzere, yardımcı kişinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet veren fiilleri yalnızca ayıplı ifa, temerrüt gibi borçla fonksiyonel bağlantı içinde olan durumlara sebebiyet veren fiiller olabileceği gibi, borçla fonksiyonel bir bağlantısı olmayan hakaret, yaralama gibi haksız fiil teşkil eden davranışlar da olabilecektir¹⁴. Dolayısıyla, örneğin, yardımcı kişi olarak nitelendirilen kişilerin borçlu tarafından kendilerine verilen yetkileri aşmış olmaları, görevi yerine getirmemeleri veya kasten zarara sebebiyet vermiş olmaları gibi durumlarda ayırım yapılmaksızın, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulanmalıdır¹⁵.

Yine borç ilişkisine ve (dar anlamda) borca aykırı olan davranış, bizzat borçlunun kendisi tarafından yapılabileceği gibi, asıl borçlunun bir yardımcısı veya fiillerine sonradan onay verdiği herhangi bir üçüncü kişi tarafından da yapılmış olabilir¹⁶. Örneğin, borçlu sıfatına sahip bir usta, tamir işini kendisi ifa ederken bir borca aykırılığa sebebiyet verebileceği gibi, aynı işte kullandığı çırakların fiilleri nedeniyle de alacaklıya zarar verebilecektir. Hatta somut olayda, alacaklıya zarar vermiş olan vekaletsiz iş görenin, yaptığı işe onay verilmesi yoluyla da bu borca aykırılıktan sorumluluk doğacaktır.

Yardımcı kişi ile ifanın caiz olduğu durumlarda, kullanılan yardımcı kişinin borca aykırı davranışlarının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebep olacağını ve borca aykırılıktan sorumluluğun ilk şartının gerçekleşecek olduğunu

¹² Bucher, **a.g.e.**, s. 337; İnal, **Aykırılık**, s. 600.

¹³ Bucher, **a.g.e.**, s. 338.

¹⁴ Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 92; ayr. krş. Nussbaum, **Hilfspersonen**, s. 73, Şenocak, **Yardımcı**, s. 189 vd., Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 227 vd., Bucher, **a.g.e.**, s. 353; ve genel olarak yuk. B. II: I/D/3.

¹⁵ Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 92.

¹⁶ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 243.

çalışmamızda değerlendirmekteyiz¹⁷. Bunun yanında, yardımcı kişi kullanılmasının caiz olmadığı durumlarda¹⁸ yardımcı kişi kullanılması hali ise, doğrudan borçlunun borca aykırı davrandığı sonucunu ortaya çıkaracaktır; ki bu durumda borçlu, TBK md. 112'ye¹⁹ göre meydana gelen zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır²⁰. Bazı somut örneklerde ise, esasen doğrudan borçlunun (TBK md. 112) sorumluluğuna gidilmesi de yeterli kabul edilebilecek iken, yalnızca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine atıf yapılan Yargıtay kararları da bulunmaktadır²¹.

B. Zarar

1. Genel Olarak

Borca aykırılıktan dolayı sorumluluğun (aynı zamanda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun) şartlarından ikincisi ise zarar şartıdır²². Borçlunun veya yardımcı kişilerinden birisinin fiillerinden dolayı sorumluluğun ve dolayısıyla da tazmin yükümlülüğün doğabilmesi için, kural olarak ortada bir zarar söz konusu

¹⁷ Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.03; İnal, **Aykırılık**, s. 597.

¹⁸ Örneğin, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi, borç ilişkisini ortaya çıkaran sözleşmenin açık şartlarından birisi olabileceği gibi anlaşmada açıkça yer almasa da işin niteliğine veya tarafların sözleşme kurulurken sahip oldukları saiklere de aykırı olabilecektir.

¹⁹ Temel sözleşmesel sorumluluk prensiplerine göre, bkz. Schwarze, **a.g.e.**, s. 550, Pn. 6.

²⁰ Ayr. bkz. Wiegand, **Bassler**, Art. 101, Pn. 18; Tunçomağ, **Borçlar**, s. 841; Karahasan, **Sözleşme**, s. 554; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 25; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1428; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 23.03.

²¹ Örneğin, Yarg. 11. HD., 8.12.2015 T., 2015/5769 E., 2015/13116 K.: "...Dava, Banka Müdürü'nün yaptığı işlem nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkin olup, mahkemece davanın husumetten reddine karar verilmiştir. Ancak, davacı 24.12.2010 tarihli talimat yazısına göre havaleyi şartlı yaptığını, Banka Şube Müdürü'yle de görüştüğünü, şart gerçekleşmeden paranın karşı yana ödenmemesi gerekirken davalı Banka'nın talimatı tam olarak yerine getirmemesi nedeniyle kendisini zarara uğrattığını iddia ederek temyize konu işbu davayı açmıştır. 818 sayılı B.K 100. ve 6098 sayılı TBK'nın 116. maddesi gereğince davalı Banka ifa yardımcısının eyleminden doğan zarardan tamamen sorumludur. Bu nedenle, Banka Şube Müdürü davacının talimatına rağmen talimata aykırı davranmak suretiyle bir zarara sebebiyet vermiş ise, bu zarardan davalı Banka sorumludur. Bu durumda, mahkemece davalı Bankaya davada husumet düştüğü gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..." (LHBS).

²² Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 23; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, Pn. 1208 vd.; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 293; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 2; Bucher, **a.g.e.**, s. 341; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 559, 855; İmre, **a.g.e.**, s. 9; Karahasan, **Sözleşme**, s. 280; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 811; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 316, Pn. 926; Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 18.

olmalıdır²³. Diğer bir anlatımla, gerek sözleşmeden doğan sorumlulukta sözleşmeye aykırı, gerekse haksız fiil sorumluluğunda haksız bir fiil mevcut olsa da, kural olarak zarar meydana gelmemişse tazmin sorumluluğundan da bahsedilmeyecektir²⁴. Burada “kural olarak” ifadesini kullanıyoruz. Zira, somut olayda yardımcı kişilerin (aktif veya pasif) fiilleri neticesinde, örneğin para borcunda temerrüt durumu meydana gelmesi halinde, alacaklının temerrüt faizi isteyebilmesi için temerrütten dolayı uğradığı zararı ispat etmesi gerekmeyecektir²⁵. Bunlarla beraber, tazminattan bahsedebilmek için kural olarak zarar gerekmele birlikte, failin haksız veya sözleşmeye aykırı fiilleri neticesinde doğacak zararı da istemiş (amaçlamış) olması bir tazminat şartı değildir²⁶.

Yardımcı kişi kullanılması, taraflar arasındaki sözleşmeye, teamüle veya işin doğasına aykırı olsa da, eğer yardımcı kişi kullanılması neticesinde borç gereği gibi ifa edilmiş ve zarar da ortaya çıkmamışsa, bir tazmin yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir²⁷. Örneğin, bir satıcının, alıcıya sattığı pamukların kendi veya yardımcılarının kusuru neticesinde yanmasına sebebiyet verdiği bir olayda, alıcının aynı kalitedeki pamukları ekstra bir masrafa girmeden ve ilk sözleşmedeki fiyattan daha iyi bir fiyata aldığı bir olayda, alıcının bir zararı söz konusu olmadığından, pamukların yanması gerek kendi fiiliyle olmuş olsun, gerekse de yardımcı kişilerinin fiillerinden meydana gelmiş olsun, borçlunun tazmin yükümlülüğü doğmayacaktır²⁸.

Diğer taraftan, hukuk düzeni tarafından yasaklanmış durumu amaçlayan bir fiilin neticesinde ortaya çıkan azalma veya kardan yoksun kalma durumlarının, tazmine sebebiyet veren türden zararlar olarak değerlendirilemeyeceği ifade

²³ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 23; Karahasan, **Sözleşme**, s. 280; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 382, Pn. 1254; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 559, 855.

²⁴ Şenocak, **Hekim**, s. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 559.

²⁵ Nomer, **Genel**, s. 346, Pn. 190; Karahasan, **Sözleşme**, s. 306.

²⁶ Atamer, **Haksız**, s. 20.

²⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 385, Pn. 1261 vd.

²⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 385, Pn. 1262.

edilmektedir²⁹; ki silah tutukluk yapmasa idi alacaklının soygunu başarıyla gerçekleştireceğini iddia ederek tazminat talep edebilmesini (hukuka, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka aykırılık teşkil ettiğinden), hukuk düzeni kabul etmeyecektir³⁰. Dolayısıyla örneğin, kumarhane olarak işletilmek üzere bir villanın bir geceliğine kiralanması olayında, kiraya veren kişinin veya onun (gecenin organizasyonuna yardımcı) yardımcıların fiilleri nedeniyle elektriklerin kesilmesi, makinelerin bozulması gibi bir durumda, kiracı (kumar oynatan kişi), müşterilerin daha fazla oyun oynayamadan gittiğini ve dolayısıyla da kumar oynatma işinden elde edeceği ciddi bir geliri kaybettiğini ve hatta itibarının zedelendiğini iddia ederek, kiraya verenden tazminat talebinde bulunamayacaktır. Aynı şekilde müşteriler de organizatöre karşı daha fazla gelir elde edemedikleri başta olmak üzere, bu işle ilgili zararları olduğunu ileri süremeyeceklerdir. Zira kumar ve bahis borçları eksik borç³¹ olarak nazara alınacağı gibi³² kumar oynanması (KK md. 34³³) ve oynatılması (TCK

²⁹ Bkz. Oser/Schönenberger, **Art. 101**, Pn. 4.

³⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 391, Pn. 1289; bkz.: Mehmet Yeşiller, “Roma Hukuku’nda Hükümsüzlük Halleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 3, 2011, s. 90 vd.: “*Iust., Inst. 3.26.7: “Ahlak ve adaba aykırı olarak yapılan (contra bonos mores) vekalet de borç doğurmaz, örnek olarak Titius, hırsızlık, zarar (damnum) ya da iniuria yapman için sana vekalet verse.”* ifadesi de örnek verilebileceği üzere Roma hukukunda da bu tür ahlaka aykırılık teşkil eden fiilleri içeren sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilmekte idi; “...*Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat...*”, çvr. http://www.intratext.com/IXT/LAT0202/_P26.HTM, sz. 10.07.2017.

³¹ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 10: ayr. bkz.: BGB § 762, § 763; borcun yokluğu kavramından ayrılması için bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 67; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 53, Pn. 14.

³² Bkz. TBK md. 604 “Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz...”; YHGK, 22.02.2017 T., 2015/7-932 E., 2017/315 K.: “...*Bu düzenlemelerle, kanun koyucu, sosyal ve ahlaki yönlerden zararları olan kumar ve bahis için hükümsüzlük müeyyidesi öngörmemiş, kumar ve bahis borcuna dair ifanın geçerli olması esasını benimsemiştir (Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1996, s. 831).*

Öğretide baskın olan görüşe göre, kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir; bunlardan borç doğar. Fakat bu borçlara dayanarak borçluyu borcunu ifa etmek üzere zorlama imkanı yoktur. Bu borç, dava hakkından yoksun, eksik (tabii) bir borçtur. (Kocayusufpaşaoğlu, N., Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 1978, s. 70)

Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def'i değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz (Yavuz, C., a.g.e., s. 831)...” (KİB).

³³ Kabahatler Kanunu’nun ilgili maddesi “Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir...” şeklinde düzenlenmektedir.

md. 228³⁴) kanunlarca yasaklanmış ve müeyyidelere bağlanmış fiillerdendir³⁵.

Zarar şartı bakımından akla gelen bir ihtimal ise, zarara sebebiyet veren yardımcı kişilerin fiillerinin bir hakkın kullanılması veya bir borcun ifası kapsamında gerçekleşmiş olması, zararın ise alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisi sona erdikten sonra ortaya çıkması ihtimalidir. Hatta zarar, örneğin, yardımcı kişinin borçlu ile arasındaki hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra da ortaya çıkmış olabilir³⁶. Ancak zamanaşımı süreleri aşılmamış olmak kaydıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zararların tazmini mümkün olmalıdır. Dolayısıyla, haksız fiilin işlendiği tarihten³⁷ veya borca aykırılığın meydana geldiği tarihten³⁸ itibaren işleyecek zamanaşımı süresi dolmadığı sürece, zararın tazmini istenebilecektir.

Çalışmamızda ele aldığımız hukuk sistemlerinde kanun koyucular, zarar kavramının genel bir tanımını yapmamışlardır³⁹. Diğer bir ifade ile, zarar kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu ve dolayısıyla da türleri, doktrin tarafından tanımlanmaktadır⁴⁰. Genel olarak zarar kavramını kısaca tanımlamak gerektiğinde ise, ihlal neticesinde alacaklı tarafın hukuk düzeni tarafından korunmakta olan menfaatlerinin, değerlerinin, irade dışında olacak şekilde azalmaya uğramasıdır demek mümkündür⁴¹. Ancak, bir kimsenin kendi fiillerinden doğan

³⁴ Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi "*Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır...*" şeklinde düzenlenmektedir.

³⁵ Geçerli bir borç ilişkisi olmayan veya eksik borçların söz konusu olduğu hallerde, (TBK md. 112) borca aykırılıktan bahsedilemeyeceği de ifade edilebilir, Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 2, 6.

³⁶ Esasen borçlunun, yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için, aralarında bu tarz bir sürekli borç ilişkisinin bulunmasına da gerek yoktur, Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9.

³⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 76, Pn. 225 vd.

³⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 433, Pn. 1425.

³⁹ Ergüne, **Zarar**, s. 8; Seda İrem Çakırca, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 11; Nomer, **Tazminat**, s. 5.

⁴⁰ Çakırca, **a.g.e.**, s. 11.

⁴¹ Krş. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 384, Pn. 1260; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Nomer, **Tazminat**, s. 5 vd.; O. Gökhan Antalya, **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 6; Şenocak, **Hekim**, s. 10; Antalya, **Tazminat**, s. 229.

zararlarının, tazmine konu zararlar olarak değerlendirilmeyeceğinde⁴² ise şüphe bulunmamaktadır⁴³. Diğer taraftan, zarar kavramı da farklı alt ayrımlara tabi tutulmaktadır ve her zarar türünün ayrı bir tanımlaması vardır.

Aşağıda kısaca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk örneklerinde ortaya çıkabilecek kapsamıyla zarar türlerine değinmekte yarar vardır⁴⁴.

2. Maddi – Manevi Zarar

Zarar türleri bakımından yapılan ayrımlardan en çok karşımıza çıkanı, “maddi zarar – manevi zarar”⁴⁵ ayrımıdır⁴⁶.

Maddi zararlar⁴⁷ ifade edilmek istenen husus, malvarlığının ihlal (haksız fiil meydana gelmiş olmasaydı veya sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı) meydana gelmemiş olsaydı bulunacağı hali ile, hali hazırdaki durumu arasındaki (rıza dışında meydana gelen) farkı ifade etmektedir⁴⁸.

Manevi zarar kavramı ile ifade edilmek istenen ise, ihlal sebebiyle duyulan acı ve elemnin yarattığı durumdur⁴⁹. Türk hukuku bakımından manevi zararın

⁴² “*quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*”, Liebs, **a.g.e.**, s. 199.

⁴³ Nomer, **Tazminat**, s. 6.

⁴⁴ Ayr. inc. Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 105 vd.

⁴⁵ “*Vermögensschaden - Nichtvermögensschaden*”, Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 428 vd.

⁴⁶ Hermann Lange/Gottfried Schiemann, **Handbuch des Schuldrechts: Schadenersatz**, 3. bs., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2003, s. 50 vd.; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 19; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 63; Karahasan, **Sözleşme**, s. 76 vd.

⁴⁷ “*Dar anlamıyla zarar*” olarak bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, Pn. 1210; yalnızca maddi zarar için “dar anlamda zarar”, maddi ve manevi zararı kapsayacak bakımdan ise “geniş anlamda zarar” ifadesinin kullanıldığı da belirtilmektedir, Antalya, **Manevi**, s. 6; aynı şekilde, Hülya Atlan, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 46.

⁴⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 384, Pn. 1260; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 63; Karahasan, **Sözleşme**, s. 77; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 293 vd.; Atlan, **a.g.e.**, s. 46; Yarg. 21. HD, 20.02.2017 T., 2016/15324 E., 2017/1123 K.: “...Maddi zarar kavramı ise, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile böyle bir olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farkı ifade etmek için kullanılmaktadır...” (KİB).

⁴⁹ Ergüne, **Zarar**, s. 11; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 63; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 391, Pn. 1290; Antalya, **Manevi**, s. 3; Ünal, **a.g.e.**, s. 399; Gürsoy, **Manevi**, s. 8; Antalya, **Tazminat**, s. 228 vd.; Manevi zarar bakımından, tüzel kişilerin de zarar gören olarak ele alınıp alınamayacakları çerçevesinde

tazminine hükmedilebilmesi için, ancak kişilik hakkı ihlalinin söz konusu olması gerektiği⁵⁰, dolayısıyla da şeye gelen zararlardan dolayı kural olarak manevi

değerlendirme de dahil olmak üzere, ayrıntılı bir hüküm olarak bkz. YHGK, 22.01.2016 T., 2014/4-213 E., 2016/70 K.: “...Bununla birlikte kişilik hakkının sınırları malvarlığı haklarının aksine belli değildir, somut müdahalelere göre değişir. Bu bakımdan nelerin kişilik hakkından sayılıp sayılmayacağını halin ve zamanın icabına bırakmak gerekir. Bu tespiti ise hakimler somut olayın özelliklerini nazara alarak yapacaklardır (DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s. 95). Bu kapsamda, tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Tüzel kişinin kişilik haklarından olan onur ve saygınlığı onun korunan değerlerinin başında gelir. Bu sebeple tüzel kişi onur ve saygınlığından vazgeçemeyeceği gibi, bu değerlerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamaz.

Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Tüzel kişiliğe sahip bir şirketin ödeme gücüne dair değerlendirmeler, o tüzel kişinin toplumsal şeref ve haysiyeti ile yakından ilgilidir. Kredi, toplum tarafından ödeme gücü ile ilgili olarak izafe edilen bir değer olması nedeniyle, bu değeri azaltan veya ortadan kaldıran kişiliği ihlale yönelik açıklamalar şeref ve haysiyete tecavüz niteliği taşır.

Kişilik haklarına saldırı halinde kişilik hakkı ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun Devlete karşı Anayasa hükümleri ile idareye karşı idare hukuku hükümleri ile suç teşkil eden tecavüzlere karşı ise ceza hukuku hükümleri ile korunmuştur. Kişilik hakkının korunmasına dair Medeni Kanun'daki ana düzenleme TMK m. 23 ve m. 24'te hüküm altına alınmıştır. TMK m. 23 hak sahibi tarafından vazgeçilmesine ya da aşırı sınırlandırılmasına karşı kişilik hakkını korurken, TMK m. 24 kişilik hakkına yönelebilecek saldırılara karşı koruma sağlar. Konuya dair diğer bir temel düzenleme olan 818 Sayılı BK m. 49'da (6098 Sayılı TBK m. 58) ise, kişilik hakkı tecavüze uğrayan kişinin manevi tazminat talebi düzenleme altına alınmıştır. Kişilik haklarının korunması için açılacak davalardan manevi tazminat davası genel olarak kabul edilen görüşe göre kişiliğe yönelik saldırı sebebiyle uğranılan manevi zararın, saldırı sebebiyle duyulan acı, elem ve ızdırabın tatmin edilerek giderilmesi amacıyla kişiye tanınan davadır. Manevi tazminat konusu mevzuatımızda, kişilik hakkı ihlallerinde istenebileceğini belirten MK m. 25 ve manevi tazminat davasının koşullarını belirleyen genel hüküm niteliğindeki BK m. 49 (6098 Sayılı TBK m. 58) haricinde, bazı özel hükümlerde de geçmektedir. Tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte hukuk düzeninin tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre, kişisel varlıklara yapılan saldırı sebebiyle elem ve ızdırab duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevi tazminat adı ile bir paranın ödetilmesi davası açamayacaklarını kabul etmek yasa koyucunun amacına aykırı düşecektir. Gerek Medenî Kanun ve gerekse Borçlar Kanunu yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır. Günümüzde doktrin ve Yargıtay tarafından yaygın olarak benimsenen görüş, gerçek kişilere özgü olanlar dışında kalan kişilik haklarında tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayabileceğini ve bu sebeple manevi tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir (Dural / Ögüz, a.g.e., s. 233; SAYMEN Ferit H., “Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?”, İÜHFM (Manevi Tazminat), Y. 1940, S. 6, s. 126 – 142; KARAHASAN Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, 1996, s. 967-968; GÜRSOY Kemal Tahir, “Manevi Zarar ve Tazmini”, AÜHFD., C. 30, S. 1- 4, s. 12). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 15.12.2004 gün ve 2004/4-709 E.- 2004/720 K.; 31.05.2000 gün ve 2000/4-900 E. - 2000/935 K. sayılı ilamlarında tüzel kişilerin de kişilik haklarına saldırıdan dolayı manevi tazminat davası açabileceklerini kabul etmiştir...” (KİB).

⁵⁰ İnc. Antalya, **Manevi**, s. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, **a.g.e.**, s. 861; Altın, **a.g.e.**, s. 54; Antalya, **Tazminat**, s. 230.

tazminata hükmedilmeyeceği ifade edilmekle birlikte⁵¹, Yargıtay'ın bazı somut olaylarda dolaylı olarak, manevi zararın meydana geldiğini kabul ederek, kuralın aksine karar verebildiği de belirtilmektedir⁵².

Manevi zarar ile belirtebileceğimiz bir diğer durum ise, tazminata uygulanacak hükümlere ilişkindir⁵³. Buna göre TBK md. 114 yollaması ile, haksız fiil hükümlerindeki düzenlemelerin, borca aykırılık hallerinde de uygulanmasının, manevi zararlar bakımından da söz konusu olduğu ifade edilmekle birlikte⁵⁴; bir borç ilişkisi içerisinde doğan ve borca aykırılık hükümlerine tabi olan manevi zararın tazmininin, zamanaşımı bakımından daha uzun olan borca aykırılık zamanaşımı sürelerine tabi olacağını ifade etmek gerekir⁵⁵. Ayrıca, haksız fiiller alanında düzenlenmiş ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde de uygulanabilecek bu değerlendirme ölçülerinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da uygulanacağına tereddüt bulunmayacaktır⁵⁶.

Manevi zararın, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında uygulanması noktasında bir tereddüt bulunmadığını ve içtihatların da bu noktada olduğu ifade edilmelidir⁵⁷. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi, bir hastanın, tedavi

⁵¹ TBK md. 51 hükmünün İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı olan maddeye sonradan eklenmiş OR art. 43/Ibis hükmü ise, ticari/malvarlıksal amaçlar olmaksızın ev ortamında bakılan hayvanların yaralanma ve ölüm gibi durumlarında, ilgili kişilere (bulunduran ve yakınlarına) ödenecek tazminatın hükmü için, hayvanların manevi değerinin (Affektionswert) de göz önüne alınabileceği ifade edilmiş; bu durum ise, maddi-manevi tazminat ayrımına bir istisna olarak değerlendirilmiştir, ayrıntılı olarak bkz., Aksoy, **a.g.e.**, s. 171 vd.; Antalya, **Tazminat**, s. 231, dn. 15.

⁵² Nomer, **Genel**, s. 230, Pn. 134; ayr. manevi tazminatın amaç ve fonksiyonlarına dair (Ceza, Denkleştirme, Caydırma, Tatmin, Telif vs.) görüşlere ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Atılan, **a.g.e.**, s. 56 vd., Antalya, **Manevi**, s. 26 vd.

⁵³ Manevi zarar kavramının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından ele alınması noktasında ayr. inc.: Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 261 vd.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 392, Pn. 1291; ayr. inc. Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 47 vd.; ayrıca, manevi tazminatın belirlenmesi ve hesaplanmasına yönelik yöntemlere ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Antalya, **Manevi**, s. 85 vd.

⁵⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 392, Pn. 1292.

⁵⁶ BGE 92 II 240.

⁵⁷ Koller, **101**, s. 156 vd.; Yargıtay'ın, konuya uygun olarak vermiş olduğu bir kararı için bkz. Yarg. 11. HD, 26.05.2003 T., 2002/13104 E., 2003/5525 K.: "...Davacı vekili, İ... Otobüsüne binen

olmak için başvurduğu doktor asistanının yaptığı yanlış uygulamalar neticesinde, hastanın röntgen cihazından kaynaklı olarak yaralandığı, uzun süreli ve şiddetli acılara sebebiyet veren ve özellikle de yüzünde deformasyona sebebiyet veren yaraların bulunduğu bir olayda, manevi tazminata da hükmetmiş bulunmaktadır⁵⁸.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kabul ettiğimiz görüşler doğrultusunda, diyebiliriz ki; yardımcı kişinin vermiş olduğu bir zarar, gerek yalın bir şekilde borcun kötü ifa edilmesinden kaynaklanan manevi zarar olsun, gerekse de borcun ifasıyla herhangi bir bağlantısı bulunmayan bir yardımcı kişi fiilinden doğan manevi zarar olsun, iki halde de yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk ortaya çıkacaktır⁵⁹. Dolayısıyla, manevi zarar bakımından, kendisine baba yadigarı bir vazoun tamiri işi verilen sanatkarın, bunu çok güvendiği kalfasına vermesi ve kalfanın da bu vazoya zarar vermesi durumunda sanatkar sorumlu olacağı gibi; bir FastFood lokantasında, sipariş veren müşterinin, kasadaki görevlinin sözlü tacizine maruz kalması halinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğacağını ve manevi zararlardan dolayı sorumlulukların meydana geleceğini ifade edebiliriz.

Maddi zararın tazmini bakımından ise, bu zararın tazmin edilebilmesi için zararın kaynağının, manevi tazminattan farklı olarak, hem malvarlığı değerleri hem

müvekkiline,davalı otobüs şoförü R... E.'in içki şişeleriyle otobüse binemeyeceğini söyleyerek arabadan inmesi için bağırdığını, müvekkilinin seyahat özgürlüğünün kısıtlanamayacağını, alkollü olmadığını söylemesi üzerine davalının yumrukla gözüne vurduğunu, gözlük camının kırılmasıyla müvekkilinin yaralandığını ve gözünden ameliyat olduğunu, psikolojik tedavi de gördüğünü ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 1.000.000.000 TL maddi ve 3.000.000.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte davalılardan tahsilini istemiştir...

...Davalı İ... Genel Müdürlüğü'nün aracın işleteni ve diğer davalı R... E.'in işvereni olduğu, otobüs şoförünün hizmetin ve taşıma akdinin görülmesi sırasında haksız eylemiyle zarara neden olduğu, davalı İ...'nin işleten ve adam çalıştıran olarak zarardan kusursuz sorumlu olduğu gözetilmeksizin davanın bu davalı yönünden yazılı gerekçelerle reddi doğru görülmemiştir.

Öte yandan 1957 doğumlu davacı, dava konusu haksız fiil nedeniyle gözünden uzuv zaafı niteliğinde yaralanmış, ameliyat olmuş ve çalışma gücünü % 7,1 oranında kaybetmiştir. Manevi zarar, kişinin psikolojik durumunda meydana gelen elem, acı ve ızdıraptır. Manevi tazminatın amacı, duyulan manevi acıyı yumuşatmak, bozulan dengeyi onarmak, teselli etmektir. Olayın oluş biçimi, zararın niteliği, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına göre daha uygun bir manevi tazminata hükmetmek gerekirken anılan ilkelere uyulmadan yetersiz tazminat takdiri bozmayı gerektirmiştir..." (KİB).

⁵⁸ Koller, **101**, s. 157; BGE 53 II 419 vd.

⁵⁹ Aynı şekilde TBK md. 66 için bkz. Sağlam, **a.g.e.**, s. 163.

de kişilik değerlerinin ihlali olabileceğini ifade edebilmekle birlikte, buradaki kişilik değerlerini ihlalin, malvarlığı üzerinde dolaylı olarak olumsuz etkide bulunmasının gerektiğinin kabul edildiğini de eklemek gerekir⁶⁰. Dolayısıyla, şeref ve haysiyet gibi alanlar üzerinde kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyan fiiller, aynı zamanda malvarlığı üzerinde de zarara sebebiyet vermiş olmakla birlikte tazmine konu edilebilirler⁶¹.

Maddi zarar bakımından ekleyebileceğimiz bir diğer husus ise, bu zarar türünün de kendi içerisinde, ihlal nedeniyle mal varlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde meydana gelen “*fiili zarar*”⁶² ve ihlal olmasa idi malvarlığında gerçekleşecek olan artmadan mahrum olunması şeklinde meydana gelen “*yoksun kalınan kar*”⁶³, olarak ikiye ayrılmasıdır⁶⁴. Örneğin, bir işletmenin ticari faaliyetlerinde kullanmak üzere satın aldığı ve teslimi ile montaj dahil anlaşmaya vardığı firmanın personelinin, bu makineyi getirirken işletmenin duvarına çarparak yıkması, vitrini kırması veya makineyi monte ederken elektronik bir cihaza zarar vermeleri gibi, cihazın monte işlemini birkaç gün becerememeleri nedeniyle doğacak zararlardan da sorumluluk doğabilecektir. Fiili zararın, aşağıda ifade edilecek ayrıma göre, hem olumlu hem de olumsuz zarar olarak ortaya çıkabileceğini

⁶⁰ Eren, **Genel**, s. 1075; Atamer, **Haksız**, s. 32; inc. Yarg. 4. HD, 09.01.2013 T., 2013/1197 E., 2013/19466 K.: “...Maddi zarar kavramı, haksız eylem sebebiyle kişinin malvarlığında doğrudan meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Davaya konu olayda, davalının haksız eylemi sebebiyle davacının kişilik haklarının zarar gördüğü açık olsa da; söz konusu haksız eylem sebebiyle davacının malvarlığında doğrudan bir eksilmenin meydana geldiği söylenemez. Dava dilekçesinde belirtilen harcamaların davacının malvarlığı üzerinde dolaylı bir etkisi mevcut olsa da; söz konusu harcamalar ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı da bulunmamaktadır. Mahkemece açıklanan olgular gözetilerek; davacının maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, kısmen kabulü doğru görülmemiş ve bu yön bozmayı gerektirmiştir...” (KİB).

⁶¹ Atamer, **Haksız**, s. 32.

⁶² “*damnum emergens*”, Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 64; Karahasan, **Sözleşme**, s. 287.

⁶³ “*lucrum cessans*”, Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 65; Karahasan, **Sözleşme**, s. 287.

⁶⁴ Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 39; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 390, Pn. 1283 vd.; Eren, **Genel**, s. 1075; Karahasan, **Sözleşme**, s. 78 vd.; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 293; Ünal, **a.g.e.**, s. 398 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 64 vd.; Ergüne, **Zarar**, s. 10.

de ifade etmek gerekir⁶⁵.

3. Olumlu – Olumsuz Zarar

Zarar kavramının tabi tutulabileceği bir başka ayırım ise “olumlu (müspet) zarar - olumsuz (menfi) zarar”⁶⁶ ayırımıdır⁶⁷.

Olumlu zarar ile ifade edilmek istenen, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, geç ifa edilmesi gibi hallerden doğan zararlardır⁶⁸; ki bu durumlar, sözleşmenin ihlalini ortaya çıkarmaktadır⁶⁹. Buna göre olumlu zarar, alacaklının ifaya olan menfaatine ilişkin bir kavramdır⁷⁰ ve eğer borç gereği gibi ifa edilmiş olsa idi, alacaklının malvarlığının olacağı durum ile mevcut durum arasındaki farktan oluşmaktadır⁷¹.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 390, Pn. 1284 vd.

⁶⁶ “Positive/Negative Interesse”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 81.

⁶⁷ Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 341 vd.; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2009, s. 700, Pn. 23 vd.; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 89 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 855; Çakırca, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 71; Karahasan, **Sözleşme**, s. 86.

⁶⁸ Topuz, **Maddi Zarar**, s. 94; Ergüne, **Zarar**, s. 55 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 386, Pn. 1266; inc. Oftinger, **Praxis**, s. 170 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, “Culpa İn Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 914; Karahasan, **Sözleşme**, s. 86; YHGK, 14.01.2015 T., 2014/3-8 E., 2015/10 K.: “...Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır (Hâluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, İstanbul 2010, s. 426- 427). Örneğin, davacı davalının sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan malı alamayınca başkasından ve daha fazla fiyatla almak zorunda kalması halinde bu iki fiyat arasındaki fark onun müspet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. İşte müspet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur. Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı olmaktadır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil, borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir...” (KİB).

⁶⁹ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 36.

⁷⁰ Ergüne, **Culpa**, s. 914; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 855.

⁷¹ Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 21; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 386, Pn. 1266; Eren, **Genel**, s. 1078; Ergüne, **Culpa**, s. 914; Karahasan, **Sözleşme**, s. 86; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 855; Nomer, **Genel**, s. 327, Pn. 185.

Yukarıda maddi zarar açısından da belirttiğimiz gibi olumlu zarar da kendi içerisinde fiili zarar ve yoksun kalınan kar şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir⁷². Bu ayırımı da “fiili zarar” kavramı ile, malvarlığının (örneğin, caiz olmamasına rağmen yardımcı kişi tarafından yapılan veya yardımcı kullanılması caiz olmasına rağmen ayıplı yapılan bir eserin geri gönderilmesi giderleri gibi) pasifinin artması veya (örneğin, yardımcı kişinin mal teslim ve montajı için girdiği ev/işyeri içerisinde alacaklıya ait bir mala zarar vermesi gibi) aktifinin azalması durumlarının; “yoksun kalınan kar” kavramıyla ise malvarlığının (örneğin, yardımcının normal bakımlarını yapmak için ilgilendiği makinenin bozulmasına neden olması ve bu sebeple de işyeri sahibinin müşterilerine hizmet verememesi gibi) artışının engellenmesinin ifade edildiğini belirtmek gerekir⁷³.

Bu başlıkta incelediğimiz zarar türlerinin ikinci ayağı ise olumsuz zararlardır⁷⁴. Olumsuz zarar ise kural olarak, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna olan güvenin boşa çıkmasından doğan⁷⁵, bir başka ifade ile sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zararları ifade etmektedir⁷⁶.

⁷² Topuz, **Maddi Zarar**, s. 96 vd.; Eren, **Genel**, s. 1078; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 856 vd.; Yarg. 6. HD, 24.11.2015 T., 2015/8485 E., 2015/10316 K.: “...Kâr kaybı, kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kâr kaybı açısından kardan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kardan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kâr kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir...” (KİB).

⁷³ Topuz, **Maddi Zarar**, s. 47 vd.; Eren, **Genel**, s. 1078 vd.

⁷⁴ Topuz, **Maddi Zarar**, s. 95; YHGK, 14.01.2015 T., 2014/3-8 E., 2015/10 K.: “...Menfi zarar ise; uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Hâluk Tandoğan, age., s. 427). Bu husus BK'nun 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır. Burada alacaklı sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.

Diğer bir söyleyişle, genel olarak menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 12. Baskı, İstanbul 2010, s. 482)...” (KİB).

⁷⁵ Ergüne, **Zarar**, s. 50; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 855.

⁷⁶ Ergüne, **Zarar**, s. 46; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 386, Pn. 1268; Eren, **Genel**, s. 1079; inc. Oftinger, **a.g.e.**, s. 177 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 855; Karahasan, **Sözleşme**, s. 87;

Kısacası burada, alacaklının sözleşmeyi yapmamış olmasına ilişkin menfaatler korunmaktadır⁷⁷. Dolayısıyla, sözleşmenin yapılması için yapılan harcamalar, daha sonrasında ifayı kabul için yapılan giderler ve hatta alacaklının geçersiz olan bu sözleşmeye güvenmemiş olsaydı kaçırmamış olacağı fırsatlara⁷⁸ göre ortaya çıkan zararlar, hep bu olumsuz zarar kavramı içerisinde değerlendirilecektir⁷⁹.

Örneğin, bir an için (satıcı) borçlu (B) ile, (alıcı) alacaklı (A) arasında alım satıma ilişkin bir çerçeve sözleşme⁸⁰ olduğunu düşünelim. Bu ilişki kapsamında (A), her zaman olduğu gibi belli bir parti malın daha alınması için (B)'nin dükkanına gidiyor. Bu sırada (B)'nin çalışanlarından birisi olan (C), yetkisi olmadığı halde kendini yetkili olarak tanıtıp, (A) ile bir satış sözleşmesi yapıyor. Durumu teslimatın olması gereken günde gerçekleşmemesi üzerine satıcıyı aramasıyla öğrenen (A), (B)'den sözleşmeyi onayıp onamayacağı sorması üzerine, (B)'den stoklarında bahsi geçen ürünlerin bulunmadığı, geldiğinde ise sözleşme gereği döviz kuruna göre hesaplanacak yeni fiyata göre yeni bir sözleşme yapmaları gerektiğini, kısacası yapılan sözleşmeyi onamadığını bildiriyor.

Normal şartlarda somut olayda, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemin onaylanmamasından dolayı satıcının sorumluluktan kurtulacağını ve alacaklının (kaçırmış olduğu fırsatlar dahil olmak üzere) zararlarını yetkisiz işlem yapan kişiden isteyeceğini ifade edebilirdik⁸¹. Ancak kanaatimizce, böyle bir örnekte, alacaklı ile

Ergüne, **Culpa**, s. 913.

⁷⁷ Eren, **Genel**, s. 1079; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Karahasan, **Sözleşme**, s. 87.

⁷⁸ “*entgangener Gewinn*”, Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 57 vd.

⁷⁹ Eren, **Genel**, s. 1080; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855 vd.; güvenin boşa çıkmasından doğan ve bu zarar kavramı altında talep edilebilecek (sözleşme giderleri, kaçırılmış fırsatlar, edimin yerine getirilmiş veya hazırlanmış olması gibi) zarar kalemlerine ilişkin olarak ayr. bkz. Karahasan, **Sözleşme**, s. 88 vd.

⁸⁰ “*Rahmenvertrag*”; “Çerçeve Sözleşme” kavramı için ayr. bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 112, Pn. 34.

⁸¹ Bkz. TBK md. 45: “*Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.*

Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.

borçlu arasındaki çerçeve sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi mevcuttur⁸². Diğer taraftan (B), kendi işyeri içerisinde çalıştırdığı bir personelin bunun gibi bir ihlale sebebiyet verebileceğinin riskini de üstlenmelidir⁸³. Kısacası özellikle bunun gibi bir örnekte, zararların tazmini noktasında, borçluyu yetkisiz temsilci ile baş başa bırakmak da doğru değildir. Dolayısıyla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kabul ettiğimiz görüşler doğrultusunda burada, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğrultusunda olumsuz zararları tazmin etmesi gerektiği kanaatindeyiz⁸⁴.

Yukarıda verdiğimiz kurgu örnekle de esasen ifade etmek istediğimiz durum ise, zarar türlerinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da geçerli olduğu ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun değerlendirmesinin dar bir kapsamda incelenmemesi gerektiğidir. Ayrıca gerektiğinde, başka hukuki kurum ve kavramlarla (örneğin yetkisiz temsilci ile) ifade edilmekte ve çözümlenmekte olan sorumlulukların da, geniş açıdan düşünüldüğünde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilebileceği kanaatinde olduğumuzu belirtmeliyiz. Bu itibarla, sözleşme ilişkisi bulunmadığı veya ortadan kalktığı bir durumda⁸⁵, yardımcı tarafından verilen zararların veya sözleşme sona erdikten sonra verilen zararların da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebileceğini yinelemeliyiz.

Belirttiğimiz üzere, yardımcı kişilerin verdiği zararlar, alacaklı bünyesinde bazen olumlu bazen de olumsuz zarara sebebiyet verebileceklerdir. İki zararın da tazmininin talep edilmesi mümkündür; ancak kural olarak olumlu ve olumsuz zararın birlikte istenebilme imkanı bulunmamaktadır⁸⁶. Buna rağmen, bazı hallerde kanun koyucunun, olumsuz zarar yanında, olumlu zarar niteliğine haiz zararların da

Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır.”.

⁸² Esasen, böyle bir ilişki mevcut olmasaydı dahi, sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında, yine borçluyu sorumlu tutabilecek idik.

⁸³ Bkz. Serozan, **C. III**, s. 285, Pn. 3.

⁸⁴ İnc. Ergüne, **Zarar**, s. 131 vd.

⁸⁵ “*Culpa in Contrahendo, Culpa Post Pactum Perfectum vs.*”.

⁸⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 389, Pn. 1278.

tazminine hükmedebileceğini düzenlendiği (TBK md. 35⁸⁷, TBK md. 47⁸⁸ gibi) ifade edilmektedir⁸⁹. Görüldüğü üzere her iki madde hükmünde de sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle talep edilen zararlar dışında, olumlu zarar kapsamına girecek kalemlerin de, hakim tarafından hükme bağlanabileceği düzenlenmiştir⁹⁰. Ancak, sözleşmenin hükümsüzlüğünün, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırılık durumlarına ilişkin olduğu durumlarda ise, hakkaniyet gerektiriyor olsa dahi, olumlu zararın tazminine hükmedilmemesi gerektiği de belirtilmektedir⁹¹.

Bunlarla birlikte, bazı zarar kalemlerinin ise, olumlu ve olumsuz zarar ayırımına gidilmeksizin istenebileceği de ifade edilmektedir; ki badana yapması için görevlendirilen bir işçinin evdeki döşemelere, mobilyalara zarar vermesi durumunda istenecek tazminat, buna örnek gösterilmektedir⁹².

4. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar – Yansıma Zarar

Bir diğer zarar türü ayrımı ise doğrudan⁹³, dolaylı⁹⁴ ve yansıma⁹⁵ zarar kavramları arasındaki ayrımdır⁹⁶.

⁸⁷ “Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez.

Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.”.

⁸⁸ “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.

Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır.”.

⁸⁹ Ergüne, **Culpa**, s. 917; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 389, Pn. 1279 ve dn. 83.

⁹⁰ İnc. Ergüne, **Culpa**, s. 917 vd.

⁹¹ Ergüne, **Culpa**, s. 921.

⁹² Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 388 ve dn. 81.

⁹³ “Unmittelbar/direkt”.

⁹⁴ “Mittelbar/indirekt”, Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 59 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 70.

⁹⁵ “Reflex”.

⁹⁶ Ayr. inc. Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 146 vd.; (unmittelbarer Schaden – Vermögensfolgeschaden),

Kural olarak doğrudan zarar nitelendirmesi ile ifade edilmek istenen husus, fiilin, başka bir etkene gerek duymadan, doğrudan ortaya çıkardığı zararlardır⁹⁷. Başka bir anlatımla, fiil ile ortaya çıkan netice arasındaki en kestirme ilişki, doğrudan zarar kapsamında ortaya çıkmaktadır⁹⁸. Örneğin, kırılan eşyanın değeri, kaza sonucu arızalanmasına neden olunan aracın tamir masrafları gibi hususlar, doğrudan zarar kavramı altında değerlendirilmektedir.

Dolaylı zarar kavramı⁹⁹ ise, ihlal edilen değer nedeniyle meydana gelen en yakın zarardan kaynaklanan durum, eksilme, fark olarak tanımlanabilecektir¹⁰⁰.

Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 429 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 565 vd.

⁹⁷ Topuz, **Maddi Zarar**, s. 71; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 43, Pn. 126.

⁹⁸ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 70; inc. Ergüne, **Zarar**, s. 66 vd.

⁹⁹ “*Damnum indirectum*”, Topuz, **Maddi Zarar**, s. 71.

¹⁰⁰ Ayr. inc. Yarg. 23. HD, 22.02.2012 T., 2012/642 E., 2012/1273 K.: “...1982 Anayasası'nın 36. maddesinde yer verilen “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmayla adil yargılanma hakkına sahiptir” ibaresi, ortakların dava açma hakkının temel dayanağıdır. Kooperatif ortağı olma, kooperatife karşı dava açma hakkından vazgeçme olarak yorumlanamayacaktır. Ortak tarafından dava hakkının kullanılması, ortaklığın dava açma hakkında olduğu gibi, genel kurul kararına bağlı değildir.

Ortakların dava açma hakları da doğrudan doğruya zarar ve dolaylı zarar durumuna göre değişiklik içerir. Yönetim ve denetim kurulu üyelerinin yasa ve anasözleşme hükümlerine aykırı davranışlarıyla ortaklığın malvarlığını azaltan veya kötüleştiren davranışları, ortaklar ve alacaklıların dolaylı zarar görmesine yol açar. Zira, bu tür tasarruflar payları oranında ortakları etkiler. Başka bir anlatımla, ortaklığın doğrudan doğruya zarar görmesi, ortakların dolaylı zararlarıdır. Ancak, ortak T.T.K.nun 309. ve 340. maddeleri uyarınca dolaylı zarar dolayısıyla açtığı davada hükmedilecek tazminatı kendisi adına değil, ortaklığa verilmesi yönünde talepte bulunabilir. İkinci durum ise doğrudan zarar halidir. Bu halde yöneticilerin veya denetçilerin eylemleri sonucunda ortakların ortaklığın zararından müstakil olarak gördükleri zararlar söz konusudur. Anılan zarar türünde ortaklığın zarar gördüğü zarardan tek farkı, ortak olmanın sonucu olmasıdır. T.T.K.nun 336/5 maddesinde anlamını bulan bu dava türünde ise ortaklar talep ettiği tazminatın kendisi adına hükmedilmesini isteyebilirler...”; Yarg. 11. HD, 09.02.2015 T, 2015/380 E., 2015/1524 K.: “...Dava, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olup mahkemece yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Dava konusu edilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 6762 sayılı TTK hükümleri uyarınca anonim şirketlerde yasa ve ana sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri, bu yüzden oluşan zararlar nedeniyle ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumludur. Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın mal varlığını azaltan veya kötüleştiren yasa ve ana sözleşme hükümlerine aykırı davranışları, ortaklar ve alacaklıların dolaylı zarar görmesine yol açar başka bir deyişle şirketin zarar görmesi nedeniyle ortaklar ve alacaklılar da zarar görür. Bu neviden bir sorumluluktan söz edebilmek için öncelikle bir zararın bulunması zararın oluşumunda yönetim kurulu üyelerinin kusurunun olması zorunludur. Yönetim kurulu üyesinin sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesi gereklidir. Kusursuzluğun ispatı ise genel hükümlere tabidir. Ancak; dolaylı zarara sebebiyet veren eylemler nedeniyle şirket alacaklısı tarafından TTK'nın 336/5. maddesine binaen alacak

Örneğin, çatı katında oturan ev sahibinin, çatıya izolasyon için anlaştığı firmanın yardımcı kişilerinin, doğru şekilde izolasyon yapamamaları nedeniyle aynı gece yağın yağmurda sızan sulardan ıslanan televizyonun bozulması doğrudan zarar olarak değerlendirilecekken; yine örneğin, yardımcı kişilerin tamir esnasında alacaklının dizüstü bilgisayarına zarar vermeleri ve alacaklının da ertesi gün teslim etmesi gereken projeyi teslim edememesi olayında ise, bilgisayarın bozulması doğrudan, bunun neticesinde ortaya çıkan son zarar ise dolaylı zarar olarak nazara alınacaktır¹⁰¹.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz son zarar türü ise, yansıma zarar¹⁰² olarak ifade edilen zarar kavramıdır¹⁰³. Yansıma zararda kural olarak, doğrudan zarar gören kişiden bir başkasının uğradığı zararlar ifade edilmektedir¹⁰⁴. Detay ve tartışmalarına girilmeyecek olmakla birlikte, yansıma zarar konusunda, bir yüklenicinin yardımcılarında olan iş makinesi operatörünün, manevra esnasında elektrik dağıtım şirketinin hatlarına zarar vermesi olayında, elektrikleri kesilen mahalle dükkanlarının çalışamaz duruma gelmesi nedeniyle doğan zararları, örnek gösterilebiliriz. Yine bir şarkıcının silahla yaralanması olayında, sahneye çıkamayan şarkıcı dolayısıyla biletleri iade etmek zorunda kalacak olan mekan sahibinin/organizatörün uğramış

isteminde bulunulması halinde, TTK'nın 340, 309. maddeleri uyarınca dava sonucunda hükmedilecek tazminatın zarar verilen şirket yararına hükmedilmesi yönünde talepte bulunulmalıdır. Somut olayda, davacı vekilince hükmedilecek tazminatın müvekkili olan davacıya ödenmesi talep edilmiş olup mahkemece bu husus nazara alınarak davalı S. B. yönünden açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü doğru olmamış, kararın bu nedenle temyiz eden davalı S. B. yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” (KİB).

¹⁰¹ Fiil ile zarar arasında illiyet bağının kurulmuş olması şartıyla birlikte, özellikle haksız fiillerden sorumluluk alanında doğrudan/dolaylı zarar ayrımı yapmanın gerekli olmadığı ve her türlü zararın karşılanması gerektiği yönünde ayr. bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 70.

¹⁰² “Reflexschaden – Ricochet loss”.

¹⁰³ Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 153; Yansıma zararların tazmininin istenebilmesi için, somut olayı içerisine alan özel bir hükmün bulunması gerektiğine dair bkz. Hatemi, **C. II**, s. 27, Pn. 10.

¹⁰⁴ Çakırca, **a.g.e.**, s. 2; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 85; Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 153; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 324, Pn. 54; Bkz. YHGK, 05.06.2015 T., 2013/21-2215 E., 2015/1487 K.: “...6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58/II. maddesine göre, ağır bedensel zarar veya ölüm hallerinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir paranın ödenmesine karar verilebilir. Yansıma zararı ise, hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin dışında bir başkasının zarar görmesidir. İlliyet bağı ve hukuka aykırılık koşullarının gerçekleşmesi, özel bir koruma normunun ihlali gerekir...” (KİB).

olduğu zarar da, yansıma zarar olarak nitelendirilecektir¹⁰⁵. Benzer şekilde, anonim şirkette yönetim kurulu üyesinin şirkete verdiği doğrudan zarar neticesinde, etkilenen ortak ve alacaklıların talep edecekleri zararlar da, yansıma zarar ayrımı açısından değerlendirilebilmektedir¹⁰⁶.

Türk hukukundan bir örnek vermek gerekirse TBK md. 53/b.3'deki “Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.” düzenlemesinin, tam olarak yansıma zararı düzenleyen bir hüküm içerdiği belirtilebilir¹⁰⁷. Yine aynı kanunun 56. maddesinin 2. fıkrasında bulunan, “Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.” düzenlemesinde de, belirli şartlar altında, zarar gören dışındaki şahısların da, tazminat talebi hakkının bulunduğu ifade edilmektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla örneğin, gece geç saatlerde ateşi çıktığı için hastaneye getirilen bir çocuğun veya doğum için hastaneye yatırılan bir kadının söz konusu olduğu olaylarda, tedavi ve tıbbi bakımlardan mesleğin gerektiği kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen fiiller neticesinde çocuğun, hamile kadının veya yeni doğan bebeğin sakat kalması veya ölmeleri halinde, bu kişilerin yanında, yakınlarının da tazminat isteme haklarının doğabileceğini ifade edebiliriz¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Bkz.: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 43 vd., Pn. 127.

¹⁰⁶ Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 294 vd.

¹⁰⁷ Benzer bir hüküm olarak, yolcu taşıma işlerine ilişkin TTK md. 914/2'deki “Taşıyıcı, yolcuların kazaya uğramalarından doğacak zararı tazmin eder. Yolcunun kaza sonucunda ölmesi hâlinde, onun yardımından yoksun kalanlar uğradıkları zararın tazminini taşıyıcıdan isteyebilirler. Ancak, taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur.” hükmünü de belirtebiliriz.

¹⁰⁸ Fulya Erlüle, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011, s. 160; Koç, **a.g.e.**, s. 1675.

¹⁰⁹ Ayr. İnc. YHGK, 05.06.2015 T., 2013/21-2215 E., 2015/1487 K.: “...6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58/II. maddesine göre, ağır bedensel zarar veya ölüm hallerinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir paranın ödenmesine karar verilebilir. Yansıma zararı ise, hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin dışında bir başkasının zarar görmesidir. İlliyyet bağı ve hukuka aykırılık koşullarının gerçekleşmesi, özel bir koruma normunun ihlali gerekir.

Cismani zarar kavramına, "ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı", "ruhi ve asabi

5. Normatif Zarar

Zarar kavramına ilişkin teorilerden bir tanesi olan “*Tabii Zarar Teorisinin*”, kabaca kişinin hayatta olduğu sürede sahip olduğu maddi ve manevi tüm varlıklarında meydana gelen eksiklikleri¹¹⁰, “*Fark Teorisinin*” ise neticeyi doğuran fiil olmasa idi malvarlığının sahip olacağı değerden eksilmeyi ifade ettiği¹¹¹; aşağıda kısaca değindiğimiz “*Normatif Zarar*” kavramına ise, bu iki zarar teorisi ile açıklanamayan durumların ifadesi amacıyla başvurulduğu ifade edilmektedir¹¹².

Burada son olarak, kısaca değinebileceğimiz diğer zarar türü ise normatif zarardır¹¹³. Normatif zarar kavramının diğer zarar ayrımlarından farklı olarak, klasik anlayıştaki malvarlığından bir eksilmenin olması şartından bağımsız bir sorumluluk ve tazmin yükümlülüğü öngördüğü ifade edilmektedir¹¹⁴. Yansıma zararın tazminine ilişkin görüşlerin de ortaya konulduğu temel sistem olarak kabul edilen Alman hukukunda¹¹⁵ Federal mahkeme ve yine İsviçre uygulamasında da Federal Mahkeme

sağlık bütünlüğü" gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre; eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun ana, baba, eşi, çocukları gibi çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibarıyla onların da ihlal edilen normun (818 sayılı BK. m.47) koruma amacı içinde bulunduklarının ve hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 112 II 222 vd; Jdt 1986 I 456) failin yol açtığı kaza sonucu karısının sakatlanmasında aile hayatı bozulan kocanın, bu durum sebebiyle manevi tazminat talebini haklı görmüştür (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman- Doç. Dr. M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, Sh: 645, Dipnot 26)...” (KİB).

¹¹⁰ Ayrıntılı olarak krş. Çakırca, **a.g.e.**, s. 14 vd.; Ergüne, **Zarar**, s. 18 vd.; inc. Nomer, **Tazminat**, s. 6 vd.

¹¹¹ Ergüne, **Zarar**, s. 14 vd.; krş. Çakırca, **a.g.e.**, s. 15 vd.; Cihan Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına Ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 64, S. 1, 2015, s. 43; Nomer, **Tazminat**, s. 8.

¹¹² Çakırca, **a.g.e.**, s. 18.

¹¹³ “*Normativen (hypothetischen) Schaden*”, Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 412, Pn. 68; Ayrıntılı olarak krş. Çakırca, **a.g.e.**, s. 18 vd.

¹¹⁴ Fatma Tülay Karakaş, “Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Ankara, 2006, s. 148.

¹¹⁵ Antalya, **Tazminat**, s. 231; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 548.

tarafından bu türün de kabul edildiği ifade edilmektedir¹¹⁶. Normatif zarar kavramının, bir bakıma, yalnızca klasik fark teorisinin uygulamasının kimi hallerde tatmin edici bulunmamasının yarattığı durumu ortadan kaldırdığına da değinilmektedir¹¹⁷. Ancak zarara ilişkin yapılan bu ayrımın, Türk hukuk doktrini nazarında pek kabul göremediği ifade edilebilir¹¹⁸.

Normatif zarara ilişkin şöyle bir örnek verilmektedir: Bir kişi haksız bir fiil ile iki farklı kişinin evlerini kullanamaz hale getirmektedir. Evler tekrar kullanılabilir hale getirilene kadar, evleri zarar görenlerden birisi, tuttuğu başka bir evde kalmış, diğeri ise bir akrabasının yanına taşınmak zorunda kalmıştır. Bu olayda normal şartlar altında, başka ev kiralayan kişinin masraflarını tazminat olarak talep edebilmesi, ancak diğerrinin (evin onarımı kapsamı dışında) bir talepte bulunamaması gerektiği ifade edilecektir. Ancak normatif zarar düşüncesi kabul edildiği zaman, başka bir ev kiralamayıp akrabasının evinde kalmak zorunda kalan kişinin de, evin kullanımından mahrum kaldığı süreye ilişkin bir tazminatı talep edebileceği ifade edilmektedir¹¹⁹.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bağlamında bir örnek vermek gerekir ise: Tepelik bir arazinin ortasındaki evinin bahçe işlerinin yapılması için, bu işlerle ilgilenen bir firmayla anlaşılan ev sahibinin, kapı girişinden eve kadar uzanan yük ve engelli taşıma işlerinde kullandığı raylı asansörünün kullanılmaması konusunda bahçe işleri firmasını ve işçilerini uyardığını, ancak işçilerin, hem kendilerini hem de ekipmanlarını taşımak üzere kullandığı bu taşıyıcının, aşırı ağırlık nedeniyle bozulduğunu düşünelim. Kural olarak bu taşıyıcının bozulması nedeniyle doğan zararlardan (değişmesi gereken parçaların maddi değerleri tamir ve işçilik) dolayı borçlu firma sorumlu olacaktır. Asansörün bozulmasının alacaklı üzerinde katlanması zor bir ruhsal elem acı oluşturmayacağını düşündüğümüzde manevi zarar

¹¹⁶ Karakaş, **a.g.e.**, s. 143 vd. ve s. 149, dn. 22; BGE 99 II 221 vd.; BGE 108 II 437 vd.; BGE 113 II 350 vd.; BGE 127 III 405 vd.

¹¹⁷ Bkz. Gediz Kocabaş, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 3, 2014, s. 279 vd.

¹¹⁸ Çakırca, **a.g.e.**, s. 24; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 42, Pn. 125; inc. Nomer, **Tazminat**, s. 22 vd.

¹¹⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 42, dn. 102.

tazmini de söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan ev sahibi/alacaklı bu taşıyıcının tamir edilebilmesine kadar geçen sürede hem sakat olan oğlunu, hem de eve getirdiği malzemeleri taşımakta ciddi zorluklar yaşamıştır. Maddi bir zararın varlığını aradığımız zaman, burada borçlu yalnızca yukarıda belirttiğimiz maddi bir değer teşkil eden değerlerinin karşılığını isteyebilecektir. Ancak zararı maddi karşılığı olan durumlar haricinde bu gibi hallerde de tazmin edilebilir görürsek, makul şartlarda diğer zararlar da tazmin edilebilecektir. Bu sayede zarar görenin bu olaydaki diğer zararlarını karşılamak için, hamal tutup ona para vermiş olmasını, diğer bir ifade ile ekstra masraf etmesini aramadan, borçluyu bu kalemlerden de sorumlu tutmamız halinde, borçlu, yardımcı kişilerin verdiği zararlardan bu boyutu ile de sorumlu olacaktır.

Zarar ayrımları ve normatif zararın kabul edilip edilmeyeceği bir kenara bırakılacak olursa, buradaki zararlardan dolayı borçlu firmanın sorumlu tutulabilmesi için olayımızdaki gibi zararlara sebebiyet veren davranışların doğrudan borcun ifasına yönelik fiiller kapsamında ortaya çıkması gerekmediğini, bu örnek üzerinden de tekrarlayabiliriz. Burada, işçilerin asansörün bozulmasına sebebiyet veren fiillerinin, yük taşınması için yapılan fiiller olması veya paydos verilen bir arada, eğlence maksadıyla yaptıkları fiiller olması, sonucu değiştirmeyecektir. Her iki halde de yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk doğacaktır.

Bunların dışında, kısaca Türk hukuku incelendiğinde ise, bu konuda somut bir düzenleme olarak paket tur sözleşmelerine ilişkin düzenleme içeren TKHK md. 51/8'deki, *“14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir.”* ifadesini belirtmek gerekir¹²⁰. Yine Alman hukukunda da, paket tur sözleşmelerinde, sözleşmenin ifasındaki kusurlar nedeniyle kullanılamayıp boşa geçen tatil zamanına ilişkin olarak

¹²⁰ Ayr. inc. Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 924 vd.

tazminat istenebileceğinin düzenlendiği BGB § 651f/2 hükmü¹²¹ de, bu konuda örnek gösterilebilir¹²².

Dolayısıyla, normatif zarar düşüncesinin kabul edilmesi halinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında bu zararın da tazmini söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, bir kullanma yardımcısı olarak nazara alınan eş veya çocuklardan birinin eve bir zarar vermesi nedeniyle, aynı binada oturan kiraya verenin, tıpkı yukarıdaki örnekte olduğu gibi, bir akrabasında kalması durumunda, bu süreye ilişkin zararı, zararı veren haksız fiil faili olarak ve kira sözleşmesi tarafı olan kişi ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olan olarak karşılamak durumunda kalacaktır. Yine, kanunda açıkça düzenlendiğini belirttiğimiz paket tur maddesinden örnek verecek olursak, düzenleyenin yardımcılarının fiillerinden dolayı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilemediği bir durumda, boşa geçen süreler üzerinden de sorumluluk değerlendirilecektir. Paket tur firmasının ulaştırma kolundaki bir yardımcının kaza yapması neticesinde yolcuların iki günlerini hastanede geçirmeleri; konaklama yerinde ilaçlama yapmakla görevli personelin işi olması gerektiği gibi yapmamasından dolayı, yine konaklamaya gelenlerin birkaç gün başka bir yerde kalmaları neticesindeki durumlar, somut örnekler olarak verilebilir.

Kanaatimizce, bu başlık altında verdiğimiz örneklerdeki gibi bazı hallerde, yardımcı kişilerin fiillerinin doğuracağı maddi olarak ölçülebilen zararların veya başlıbaşına (bir maddi zarar olmadan) alacaklının zamanını boşa harcaması gibi durumlara sebebiyet veren zararların, tazmini gerekli zararlar kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır¹²³.

C. Uygun İlliyyet Bağı

Ortaya çıkan zarar neticesinde sorumluluğun doğabilmesinin bir diğer şartı

¹²¹ “Wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.”.

¹²² Bkz. Emmerich, **a.g.e.**, s. 327, Pn. 22; Klaus Tonner, **Der Reisevertrag**, 5. bs., Neuwied, Luchterhand, 2007, s. 187, Pn. 36 vd.; Ayrıca konuya ilişkin olarak, İsviçre hukukunda “ticari değer kuramı” uygulamasına dair örnek için bkz. Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 964 vd.

¹²³ Ayr. inc. Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 919 vd.

ise, (hem sözleşme dışı sorumlulukta hem de sözleşmeden doğan sorumlulukta) mevcut zarar ile borçlu veya yardımcı kişinin fiilleri arasında illiyet bağı¹²⁴ kurulmuş olmasıdır¹²⁵. Bu zarar ile illiyet bağı kurup ortaya koyacak, diğer bir ifade ile ispat edecek olan taraf ise alacaklıdır¹²⁶. Dolayısıyla, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun varlığını iddia eden tarafın, ihlali¹²⁷, meydana gelen zararı¹²⁸ ve fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı¹²⁹ ortaya koyması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁰.

Uygun illiyet bağına oluşturunun kabul edilebilmesi için, borçlu veya yardımcı kişinin somut olaydaki fiillerinin, genel hayat tecrübeleri ve olayların

¹²⁴ “Kausalzusammenhang”, ayr. teoriler için inc. Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 19.01 vd.

¹²⁵ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 25; Göksu, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 7; Karahasan, **Sözleşme**, s. 305; İmre, **a.g.e.**, s. 11; Atamer, **Haksız**, s. 24; Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 18; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 812.

¹²⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 383, Pn. 1255; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 183; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 10; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 11; ayr. bkz. Yarg. 3. HD, 26.09.2013 T., 2013/10373 E., 2013/13378 K.: “...Somut olaya gelince; davacı, davalıya ait elektrik telinin kopması sonucu çıkan yangında arazisinde ekili bulunan ürününün yandığını öne sürmüş, davalı ise yangının meydana geliş şeklinin anlaşılamadığını savunmuştur. İtfaiye Amirliği, davaya konu olaya dair kendilerine herhangi bir ihbar gelmediğini bildirmiştir. Kolluk kuvveti tarafından olay günü düzenlenen olay yeri görgü ve tespit tutanağında ise, davacı tarlasının tamamen yandığı, elektrik tellerinde herhangi bir kopukluğun olmadığı açıklanmıştır. Davacı tanığı S. T., yangının elektrik tellerinden başladığını, yerde elektrik telleri gördüğü beyan etmiştir. Bilirkişi olarak dinlenen elektrik mühendisi raporunda, yangının ark sonucu çıkabileceği ihtimali üzerinde durmuştur. Kolluk tutanağıyla tanık beyanı arasındaki olaya dair çelişki bulunmaktadır. Yukarıda açıklanan hukuksal olgu dikkate alındığında davacı tarafın zararının, davalının eyleminden kaynaklandığını davacı taraf kanıtlamak zorundadır. Ne var ki, mahkemece bu konuda yeterli araştırma ve soruşturma yapılmamış, kolluk tutanağıyla tanık beyanı arasındaki olaya dair çelişki giderilmemiş, uygun illiyet bağına var olduğu kabul edilerek hüküm verilmiştir...”

...Hal böyle olunca, mahkemece öncelikle zararlar davalının fiili arasındaki uygun illiyet bağına kanıtlama yükünün de kendi üzerlerinde olduğu davacı tarafa hatırlatılarak davacı zararının davalının eyleminden doğduğunu kanıtlamaya yönelik tüm delillerinin sorulması, bu konuda göstereceği delillerin toplanması, toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek zararlar davalıların eylemi arasında uygun illiyet bağı saptandıktan sonra mahkemece dosya yeniden uzman bilirkişi kuruluna verilerek önceki raporda belirtilen miktardaki ürünün elde edilebilmesi için gerekli üretim giderlerinin de hesaplanması, bulunacak bedel satış bedelinden indirilerek gerçek zararının hesaplanması için bilirkişi kurulundan ek rapor alınması, davacı yararına hükmedilecek gerçek zarar miktarı duraksamasız belirlendikten sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir...” (KİB).

¹²⁷ “Forderungsverletzung”.

¹²⁸ “Schaden”.

¹²⁹ “Adäquater Kausalzusammenhang”.

¹³⁰ Koller, **101**, s. 108; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 183; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 10; bkz. Şenocak, **Hekim**, s. 11; Göksu, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 7.

normal akışları göz önüne alındığında, ortaya çıkan zararlara sebebiyet vermiş veya vermeye elverişli olduğunun kabul edilebilmesi gerekir¹³¹. Örneğin, yüklenicinin teslimi geciktirmesi neticesinde alacaklının bu süre içerisinde kira gelirleri elde edemeyeceğinin, genel hayat tecrübesi ve olayların akışına göre beklenebilir, öngörülebilir olması nedeniyle, illiyet bağının mevcut olduğu; ancak başka bir örnekte, alacaklının satın alınan arabayı bir üçüncü kişiye bağışlamayı taahhüt ettiği ancak arabanın kendisine teslim edilmediği veya teslimde gecikildiği durumlarda ise illiyet bağının mevcut olmadığı sonucuna varılacaktır¹³².

Bu başlık altında ifade ettiğimiz illiyet bağı meselesine, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında bir virgül koyarak devam etmek gerekir. Şöyle ki, fiil sonucunda doğabilecek zararların hayatın doğal akışına, yaşam tecrübelerine uygun olması gerekmesi hususu, borçlunun yalnızca iş ile ilgili yardımcı kişi fiillerinden sorumlu olacağını akla getirmemelidir. Buna göre borçlu, yardımcı kişiyi alacaklının evinde musluk tamiri için gönderdiği bir olayda, yalnızca musluğun kötü tamir edilmesi ve bu minval üzerinden ortaya çıkacak zararlardan değil, aynı zamanda yardımcının evde sigara içerken halıyı yakması, musluğu tamir etmek için suyu kesmeye çalışırken apartmanın su tesisatına zarar vermesi veya tamir esnasında misafirlğe gelmiş olan ev sahibinin oğlunun cep telefonunu çalması gibi örneklerde de, sorumlu olacaktır. Burada (olağan yaşam tecrübelerine uygunluk ile) ifade edilmek istenen ise borçlunun, yardımcı kişinin sigara içerken halıyı yakmasından sorumlu olmaması değil, halının ertesi gün 5 katı bir fiyatla birine satılacak

¹³¹ Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 383, Pn. 1255; Eren, **Genel**, s. 1082; Atamer, **Haksız**, s. 33; ayr. uygun illiyet bağı ve aşağıda inceleyeceğimiz denkleştirme kurumuna ilişkin olarak da inc. Yarg. 4. HD, 04.07.1983 T., 1983/6006 E., 1983/6724 K.: "...tazminattan indirilecek yararların zararı oluşturan haksız eylem nedeniyle elde edilmiş bulunması yeterli değildir. Burada da uygun illiyet bağı teorisinin uygulanması gerekir. Diğer deyişle uygun illiyet bağı teorisi sırf sorumluluğu tayin ve sınırlamakta kullanılan bir teori olmayıp, denkleştirme sorunda da göz önünde tutulmalıdır. O halde, bir yararın denkleştirmede nazara alınabilmesi için o yararın, zarar verici fiilin uygun ve normal bir sonucu olması gerekir..."

...Yargıtay'ın kökleşmiş uygulaması gereği; "bir olay, hayattaki genel deneylere ve olayların tabii akışına göre, diğer bir olayın tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur; diğer bir deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa; ilk olay, uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincinin nedeni sayılır"..." (KİB).

¹³² Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 383 ve dn. 55.

olmasının zarar ve fiil arasında illiyet bağını kuramayacak olmasıdır. Yoksa halının maddi değerinin ve mevcut ise manevi değerinin, tazminat bakımından ele alınacağına şüphe yoktur.

Ayrıca, uygun illiyet bağının söz konusu olması halinde, dolaylı veya doğrudan zarar ayrımlarına gidilmeyeceği ve kendisiyle uygun illiyet bağı kurulabilen her zarardan dolayı borçlunun, doğrudan zarara sebebiyet vermiş şekilde sorumlu olacağı ifade edilmektedir¹³³. Buna göre, somut olayda ortaya çıkan zarar ile fiil arasında hayatın olağan akışına uygun bir sebep sonuç ilişkisi kurulabildiği durumlarda, borçlu gerek kendi fiillerinden gerekse de yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı sorumlu olacaktır. Örneğin, bir pastane, müşterisine içerisinde cam kırıkları bulunan bir yiyecek servis ederse, müşterinin cam kırıkları nedeniyle yaralanmasından da, bu yaralanma ile birlikte oluşan korku neticesinde dolaylı olarak meydana gelen ruhsal hastalık kaynaklı zarardan da, pastane işletmesi sorumlu olmalıdır¹³⁴. Böyle bir örnekte, cam kırıklarının pastane personelinin dikkatsizliği neticesinde yiyeceğe karışmış olması ile pastanede çalışan bir personelin kasten müşteriye böyle bir yiyeceği bilerek servis etmesi arasında bir fark gözetmemek gerekir. Zira somut olayda pastane personeli olan fail, müşteriye karşı kişisel saikler ile hareket ediyor olsa da, müşterinin kişisel alanına pastane işletmesi ile müşteri arasındaki sözleşme ilişkisi sayesinde yakınlaşmaktadır. Diğer taraftan müşteri, mutfak kısmında kimin çalıştığını bilemediği sürece, zararı engelleme yükümlülüğü altında olmaz. Müşteri bu gibi bir somut olayda, söz konusu haksız fiili kimin gerçekleştirdiğinden de habersizdir. Ayrıca, yiyeceğin içerisine cam kırıklarını kasten koyan fail, aynı zamanda yiyeceğin servisini de yapsa ve müşteri tarafından teşhis edilse dahi sonuç değişmez. Zira müşteri, pastaneye girdiği andan itibaren tüm organizasyon çevresi ile birlikte asıl borçluya güvenmektedir, ki bu güvenin oluşturduğu perdeyi zedeleyen davranışlardan dolayı güvenen değil, güven veren sorumlu olmalıdır.

¹³³ Eren, **Genel**, s. 1082; Karahasan, **Sözleşme**, s. 305; Atamer, **Haksız**, s. 32.

¹³⁴ Karahasan, **Sözleşme**, s. 305.

Ancak, her ne kadar genel bir çerçeve çizmeye çalışsak da, somut olayın şartları, (somut belirlemelerimiz doğrudan uygulanmasının) hakkaniyetli sonuçların tesisine engel olabilir. Şöyle ki, somut olayda yiyeceğin servisini yapan ve müşteri tarafından da teşhis edilen pastane çalışanı, daha önce iki defa onu zehirlemeye çalışmış bir kişi olsa veya eve gönderilen kombi tamircisi çırağı, gönderildiği ev sahibi ile kasten adam yaralama gibi bir sebepten ötürü husumet içerisinde ve davalık olmalarına rağmen, ev sahibi bu şahsı evine alsa, yine de aynı yorumlarda bulunmak gerekir miydi, sorusunu sormak gerekir. Kanaatimizce bu gibi somut durumlarda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında kabul ettiğimiz genel görüşleri doğrudan ve tek başına uygulamamak gerekebilir. Somut olayda karar hakkaniyetini sağlamak adına birkaç ihtimalin değerlendirmeye alınması yararlı olabilir.

Bahsettiğimiz ihtimallerden ilki, alacaklının yardımcı kişinin denetlenmesi noktasında kendi üzerine düşen bir yükümlülüğü ihlal etmiş sayılmasıdır. Yukarıda, alacaklının kendi hakimiyet sahasındaki durumlardan dolayı, kendi alması gereken önlemleri almamasının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa engel olacağı yönündeki görüşe paralel olarak¹³⁵, zararın doğmasına alacaklının da imkan tanıdığı düşüncesi ele alınabilir.

İkinci ihtimal olarak, alacaklının, borcu ifa etmek talebinde bulunan yardımcı şahsın kişisel uygunsuzluğunu ve zarar görme rizikosunu farketmesine rağmen ses çıkarmamasını, ortak kusur olarak görmek düşüncesi ele alınabilir.

Üçüncü bir ihtimal olarak, alacaklının rizikoya rağmen yardımcıyı kabul etmesi durumu zımni bir sorumsuzluk anlaşması olarak veya feragat kavramı altında ele alınabilir.

Sorumsuzluk anlaşmaları açıkça veya zımni olarak da yapılabilecek olsalar da¹³⁶, kanaatimizce somut olayda ele alınan durumun zımni bir sorumsuzluk

¹³⁵ Bkz. Fischer, **a.g.e.**, s. 36.

¹³⁶ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 43; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 483;

anlaşması olarak nitelendirilmesi zordur. Şöyle ki, her ne kadar sorumsuzluk anlaşmaları “*alacaklının*” açık veya zımni iradesiyle yapılabiliyor denilmekte ise de¹³⁷, hukuki nitelik olarak sözleşme vafına sahip olan sorumsuzluk anlaşmalarının¹³⁸ yalnızca alacaklının bu gibi davranışlarıyla zımnen kurulmuş olması irdelenmelidir. Bu gibi bir durumda, sözleşmenin kurulması noktasında, borçlunun her zaman sorumsuz olmayı isteyeceği ve onun açısından zımni olarak sorumsuz olma iradesinin kural olarak mevcut olabileceği değerlendirilse dahi, alacaklının bu somut olaydaki davranışı doğrudan bir sorumsuzluk iradesi taşımadığından, sorumsuzluk anlaşmaları ihtimalini bir kenara bırakmak gerekir¹³⁹.

Bir diğer ihtimal olan ortak kusur ihtimali ise bize göre, somut olay bakımından uygulama bulabilmelidir. Kaldı ki, somut olaydaki yardımcı kişilerin alacaklı üzerinde doğurduğu rizikolar, borçludan daha çok alacaklı tarafından teşhis edildiğinden¹⁴⁰, bu yardımcıların verdikleri zararlarda, rizikoları bilmesine rağmen onların kendi kişisel sahasına girmesine rıza gösteren alacaklı da, belli bir ölçüde buna katlanmalıdır. Diğer taraftan ikinci bölümde, genel bir çerçeve belirlemek ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu değerlendirme noktasında (genel bir kural olamayacağı noktasında) uygun bulmadığımız, “*alacaklının kendi hakimiyet alanından kendisinin sorumlu olduğu*”¹⁴¹ yönündeki görüşün de, yalnızca bu gibi somut örnekler ile sınırlı kalmak ve genelleme oluşturmamak suretiyle kabul edilmeye değer olduğu düşüncesindeyiz.

Yukarıdaki ihtimaller ve ihtimallere ilişkin kanaatlerimiz bir kenara bırakılacak olursa, tazminatın belirlenmesi noktasında olayın oluş biçimi gibi

Tschudi, **a.g.e.**, s. 52; Antalya, **Borçlar**, s. 317; Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 23; Akman, **a.g.e.**, s. 33; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 76; inc. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 454; Wiegand, **Bassler**, Art. 100, Pn. 3.

¹³⁷ Serozan, **C. III**, s. 279, Pn. 2.

¹³⁸ Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 18.

¹³⁹ Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar, dördüncü bölüm içerisinde ele alınmaktadır.

¹⁴⁰ İfade etmek istediğimiz husus, kişisel husumet gibi durumların, borçludan ziyade alacaklı tarafından bilinmekte olduğudur.

¹⁴¹ Bkz.: Fischer, **a.g.e.**, s. 36, (B. II: I/D/2).

hususların değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, burada ele aldığımız somut örneklerde de tazminattan indirimle gidilebilmesi muhtemeldir¹⁴².

Benzer şekilde alacaklının, ifa ile görevlendirilen ve yardımcı kişi sıfatına sahip kişinin borcu ifada ehil olmadığını bildiği halde, onun ifasına müsadde etmesi veya daha sonradan bu yardımcıyı görüp ses çıkarmaması gibi hallerde, (bu yardımcı kişinin zarar verici davranışlarından dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulamak istendiğinde,) yine aynı şekilde bir yoruma gitmek ve en azından alacaklının ortak kusurundan bahsetmek uygun olacaktır. Borçlunun bir borcun ifasında, aynı zamanda alacaklının on yedi yaşındaki birlikte yaşadığı oğlu olan çırağını görevlendirdiği bir olayda, alacaklının, (oğlunun somut borcu ifadaki yetersizliğini bilmesine rağmen, bir zarar söz konusu olduğunda) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gitmek isteği, bu duruma örnek gösterilebilir. Elbette bu saydığımız ihtimal ve örneklerin, ancak somut ve ayrık durumlarda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa dair bir bakış açısı ortaya koymakta olduğunu ve bu itibarla da, bir yardımcı kişinin ne alacaklı ile ne de borçlu ile ilişkisinin kural olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa engel teşkil etmediğini belirtmek gerekir.

D. Kusurluluk ve Kusursuz Sözleşmesel Sorumluluk

Borca aykırılıktan sorumluluk üst başlığı altında değinmemiz gereken bir diğer unsur ise kusur unsurudur¹⁴³.

¹⁴² İndirime ilişkin hususlar aşağıda ele alınacaktır, bkz. aş.: II/B.

¹⁴³ Kavram olarak kusurun “*hukuk düzeni tarafından (objektif yönü) dayatılan ödevleri yerine getirme iradesindeki eksiklik*” şeklinde genel bir tanımla ele alınabildiğini ifade edebiliriz. Bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, Pn. 1230; İnc. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 443 vd; Kusur üst başlığına ait kavramların özetlenerek ayrıntılı olarak açıklandığı toplu bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı için bkz. YHGK, 05.05.2010 T., 2010/4-249 E., 2010/257 K.: “...*Hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olduğunu, kusur ise, bu hukuk kuralına aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle failin davranışının kınanan bir davranış olmasını ifade eder.*

Kusur bir hareket tarzının hukuk nizamının muahazesini ihtiva eden bir tavsifidir. Ancak hukuk dilinde kısaltılmış olarak, takbih edilen hareket tarzının kendisi kusur olarak ifade edilir. "Kusurlu hareket tarzıyla zarara sebebiyet veren" yerine "kusuruyla zarara sebebiyet veren" denilir.

Hukuk nizamının bir hareket tarzını takbih ve muahaze etmesi, o hareket tarzının muayyen şartlar altında ferlerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olmamasından gelir; bu ortalama hareket tarzından inhiraf kusur olarak ifade edilir.

İlk olarak belirtmeliyiz ki, sorumluluk bakımından kusur kavramı incelendiğinde, kural olarak gerek sözleşmeden doğan sorumlulukta, gerekse de haksız fiil sorumluluğunda kusurun varlığı aranır¹⁴⁴. Bu hususu hem haksız fiillere ilişkin bir hüküm olan TBK md. 49'daki "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" ifadesiyle, hem de TBK md. 112'deki "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*" ifadesiyle görmekteyiz. Genel olarak ise, borca aykırılık bağlamındaki kusuru, borçlunun borca aykırılığı doğrudan istemesi, doğrudan istememesine rağmen aykırılığı göze alması veya bu iki husus dahi bulunmamasına rağmen aykırılığı ortaya çıkaracak hususları önlemek için gerekli özen ve dikkati göstermemesi şeklinde ifade edebiliriz¹⁴⁵.

Ancak ne (TBK md. 49/2'deki "*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" hükmü dışında) haksız fiil sorumluluğunda, ne de borca aykırılıktan dolayı sorumlulukta, kusurun ağırlığının ne olduğu düzenlenmemiş; yalnızca, kusurun derecesinin de tazminatın sınırlarını belirleyeceği ifade edilmiştir.

Kast, kusurun en ağır derecesidir. Kast, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini (bu sonucun bilincinde olduğunu) ve bu sonucu istediğini ifade eder.

İhmal, hukuka aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemektedir.

Borçlar Kanunun 41.maddesi ihmal deyiminin yanında "teseyyüp ve tedbirsizlik" deyimlerine de yer vermiştir. Teseyyüp, özen göstermeme, kayıtsız kalma tarzındaki ihmali, tedbirsizlik ise bir tedbiri almakta ihmali ifade etmektedir. Hepsi ihmal (culpa) kavramı içinde yer alır.

İhmal ise , hukuka aykırı neticenin önceden derpiş edilip edilmemesine göre iki şekle ayrılır:

İlki; hukuka aykırı neticenin husule gelmesi imkanı önceden görülebilmesi, yani bu bapta tasavvura sahip bulunulduğu halde, neticenin tahakkuk etmeyeceğinin ümit edilmesi, hatta bu neticenin husule gelmemesi için کافی olmamakla beraber bazı tedbirler alınmış olması halidir.

İkincisi ise; çok defa hukuka aykırı netice önceden görülmemek, tasavvur edilmemekle beraber, gerekli dikkatin sarfi halinde görülebilecek olması halidir..." (KİB).

¹⁴⁴ Atamer, **Haksız**, s. 20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 874 vd.; Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 3; diğer bir ifade ile, kusurun ispatına ilişkin husus dışında, kusur kavramı, hem borca aykırılık hem de haksız fiil sorumluluğunda paralel bir noktadır, inc. Öz, **a.g.e.**, md. 112, Pn. 18.

¹⁴⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 405, Pn. 1335 vd.

Dolayısıyla, kanunun açıkça aksine bir düzenleme yapmadığı durumlarda, gerek kusurun en ağır türü olan kast, gerek ağır, gerekse de hafif ihmâl, kusur şartının meydana getirilmesini sağlayacaktır¹⁴⁶. Zira, (OR art. 99) TBK md. 114'e göre borçlu, tüm kusurlarından¹⁴⁷ sorumludur¹⁴⁸. Ancak, özel düzenlemelerin bulunabileceğini de ifade etmek gerekir. Türk ve İsviçre hukuku bakımından, bağışlayanın ağır kusurdan dolayı sorumlu olacağının düzenlendiği TBK md. 294¹⁴⁹ (OR art. 248), yine Alman Medeni Kanunu bakımından, bağışlayanın sorumluluğuna ilişkin (*Haftung des Schenkers*) başlıklı § 521¹⁵⁰, kullanım ödöncü verenin sorumluluğuna dair (*Haftung des Verleihers*) başlıklı § 599¹⁵¹ veya tehlikeli bir durumu önlemek için harekete geçen vekaletsiz iş görenin sorumluluğunu düzenleyen (*Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr*) başlıklı § 680¹⁵² düzenlemeleri, sorumluluğu kast ve ağır kusur ile sınırlandırmış örnekler olarak zikredilebilir¹⁵³.

Kusur konusunda genel kurala ilişkin ifadeler yanında, istisna durumlara da değinmek gerekir. Şöyle ki, gerek haksız fiil sorumluluğunda gerek borca aykırılıktan doğan sorumlulukta, borçlunun sorumluluğunun doğması için kusur aranmayan durumlar da mevcuttur¹⁵⁴. Örneğin, haksız fiiller bakımından istihdam edenin sorumluluğu için borçlunun kusuru aranmayacaktır; borca aykırılık bakımından da örneğin para borcunu ifada temerrüde düşölmesi halinde temerrüt faizi istenebilmesi için borçlunun kusurunu ispat etmeye ve borçlunun

¹⁴⁶ Bucher, **a.g.e.**, s. 347; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 874.

¹⁴⁷ “*omnis culpa*”.

¹⁴⁸ Bucher, **a.g.e.**, s. 347; Rudolf Gmür, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: Vergleichen Mit Dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1965, s. 172; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 874.

¹⁴⁹ “*Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir...*”.

¹⁵⁰ “*Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.*”.

¹⁵¹ “*Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.*”.

¹⁵² “*Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.*”.

¹⁵³ Gmür, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁵⁴ Kural olarak, kusursuz sorumluluk kavramı altında ele alınan durumlarda, fiiller ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulmuş olması yeterli olacak ve ayrıca bir kusur aranmayacaktır. Bkz. Yavuz, **Kusursuz**, s. 35.

kusursuzluğunu ispat edememesine gerek yoktur¹⁵⁵.

Yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta da kural olarak borçlunun, kusursuzluğunu ispat ederek sorumsuzluktan kurtulma imkanı bulunmamaktadır¹⁵⁶. Ancak, yardımcısının fiilleri neticesinde alacaklı bünyesinde zarar doğuran borçlunun, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluktan kurtulması için kendisine farazi kusur yüklenemeyeceğini ortaya koyması gerekecektir¹⁵⁷. Bu durumda, borçlunun sorumluluktan kurtulmak için tek imkanının, zarar doğuran fiili kendisi işlemiş olsaydı kendisinin borca aykırı davranmış sayılmayacağını ve sorumlu olmayacağını ispat etmesi olduğunu tekrarlamak gerekir¹⁵⁸. Örneğin, borca aykırılığa beklenmedik bir durumun sebebiyet vermiş olduğu veya olayda mücbir sebep neticesinde bir zarar meydana geldiği savunması, borçlu tarafından kullanılabilecektir¹⁵⁹. Ancak kanaatimizce, somut olayda hakim görüşteki bu ihtimalin gerçekleşerek borçlunun sorumluluktan kurtulması (ifade ettiğimiz bu beklenmedik hal, mücbir sebep örnekleri dışında) çok zor olacaktır.

Diğer taraftan bazı durumlarda, kanun koyucunun ortaya çıkan zararın beklenmedik bir durumdan da doğmuş olsa borçlunun sorumluluğuna sebebiyet vereceğini düzenlemiş olabileceğine de dikkat etmek gerekir¹⁶⁰. Örneğin TBK md. 380/3'deki “Ödünç alan, bu hükümlere aykırı davrandığı durumlarda, beklenmedik hâllerden doğan zararlardan da sorumludur...” hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, kullanım ödünçü alan kişi, ödünç konusu şeyi sözleşmeye aykırı olarak veya

¹⁵⁵ Nomer, **Genel**, s. 346, Pn. 190.

¹⁵⁶ Nomer, **Genel**, s. 312, Pn. 180; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 93; Ancak Yargıtay'ın, bir bankanın davalı olduğu bir olayda, yardımcı kişi çalıştıran sıfatına sahip davalı bankanın, kusursuzluğunu ispat ederek yardımcı kişinin fiillerinden doğan zarardan kurtulabileceğine ilişkin “Davalı banka aralarında sözleşme ilişkisi bulunan davacı adına gelen parayı davacının talebi halinde ödemekle yükümlü olup, ifa yardımcısının iş ve işlemlerinden dolayı BK'nın 100. maddesi uyarınca sorumludur. Sorumluluktan kurtulabilmek için zararın doğumunda kusursuzluğunu kanıtlaması gerekir. Ancak davacının da olayda ortak kusurunun bulunması halinde kusur oranında tazminatın indirilmesi gerektiği gözetilmelidir.” özetli kararı için bkz.: Yarg. 11. HD. 05.07.2012 T., 2011/5264 E., 2012/12000 K. (KİB).

¹⁵⁷ Koller, **101**, s. 108 vd.; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 93.

¹⁵⁸ Nomer, **Genel**, s. 312, Pn. 180.

¹⁵⁹ Nomer, **Genel**, s. 312, Pn. 180.

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 383, Pn. 1256.

ödünç konusunun niteliğine aykırı olarak kullanırsa ya da ödünç konusu şeyi bir başkasına verirse, beklenmedik hallerden de sorumluluğu yüklenmek zorunda kalacaktır¹⁶¹. Bu itibarla, borçlu, ödünç aldığı şeyi sözleşmeye veya niteliğe aykırı kullanmasında olduğu gibi, bizzat kendisine kullanmak için verilmiş bu şeyi bir kullanma yardımcısına kullandırması ile de, doğrudan beklenmedik hallerden sorumluluğu yüklenmektedir, meğer ki maddenin son fıkrasındaki¹⁶² kurtuluş kanıtını kullanmış olsun.

Benzer bir durum, saklama sözleşmeleri için de söz konusudur. Buna göre, saklama sözleşmesi uyarınca teslim edilen şey, saklatanın izni olmamasına rağmen kullanılır ise, beklenmedik hallerden dahi sorumluluk doğacaktır¹⁶³. Dolayısıyla, saklanan şeyin izinsiz şekilde kullanılması, bir üçüncü kişiye verilmesi ve konumuzla ilintili olarak bir kullanma yardımcısına kullandırılması hallerinde de, beklenmedik halden sorumluluk ortaya çıkacaktır. Ancak, borcun ihlalinin, saklanan şeyin bir kullanma yardımcısına usulsüz kullandırılması¹⁶⁴ gibi bir şekilde ortaya çıkması yanında, kullandırma olmadan bir alt saklayıcıya verilerek de ortaya çıkabileceğini ifade edebiliriz. Bu durumda tam anlamıyla (caiz olmayan) ifa yardımcısı terimi kullanılabilir. Dolayısıyla son durumda, saklama sözleşmesinin tarafı olan borçlu, hem sözleşmeyi açıkça ihlal etmesinden, hem de yardımcı kişinin fiillerinden dolayı, sorumlulukla karşı karşıya gelebilecektir.

Bunların yanında, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda ifade edildiği üzere, zarara sebebiyet veren hususların ortaya çıkmasında, borçlunun doğrudan bir

¹⁶¹ Bkz. TBK md. 380/1-2: “Ödünç alan, ödünç konusunu ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde, sözleşmede hüküm yoksa niteliğine veya özgülendiği amaca göre kullanabilir.

Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullandıramaz.”.

¹⁶² TBK md. 380/3: “...Ancak, bu hükümlere uymuş olsaydı bile zararın doğacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”.

¹⁶³ Bkz. TBK md. 563: “Saklayan, saklatanın izni olmadıkça saklanana kullanamaz.

Bu yasağa aykırı davranırsa, saklatana uygun bir kullanım bedeli ödemekle yükümlü olduğu gibi, kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat etmedikçe, beklenmedik hâlden doğacak zararlardan da sorumlu olur.”.

¹⁶⁴ Esasen burada, kullanma yardımcısı ifadesi kullansak da, bu ifade ile kastettiğimiz, saklananın kullanılmasına ilişkin hakkın değil, saklanmasına ilişkin hakkın kullanılmasıdır.

kusurunun olup olmaması, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından bir önem arz etmemekle birlikte; yardımcı kişi kullanılan olayda ortaya çıkan zararların illiyet bağına kesecek derecede, zarar gören veya herhangi bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde ise, ne yardımcı kişinin sorumluluğuna ne de istihdam eden sıfatı ile borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gidilemeyecektir¹⁶⁵. Esasen olay, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta farazi kusur kavramının güzel bir örneğini teşkil etmektedir. Dolayısıyla burada, aynı fiili borçlu da gerçekleştirmiş olsa idi, yine kendisi de sorumlu olmayacaktı. Bu sebeple yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da, doktrindeki hakim görüş uyarınca kabul ettiğimiz farazi kusur şartı gerçekleşmemiş olmaktadır¹⁶⁶.

II. Tazminatın Hesaplanması

Bu kısımda ise, şartları gerçekleşen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tazmin boyutuna ilişkin olarak, detaylarına girmeden incelemeler yapılacak, tazminatın belirlenmesinde rol oynayan, tazminatı artıran veya azaltan unsurlar kısaca işlenecektir.

¹⁶⁵ İnc. Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 126; bkz. YHGK, 01.11.2000 T., 2000/21-1333 E., 2000/1594 K.: “...Gerçekten, 27/03/1957 gün, 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere istihdam edenin sorumluluğu için kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk “özen ve gözetim ödevinin” objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan “kusura” dayanmayan bir sorumluluktur. Zararın hizmet sırasında çalıştırılanın eylemi sonucunda meydana gelmesi yeterlidir. Başka bir anlatımla kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterli olmayıp, eylemle zarar arasındaki uygun neden-sonuç bağının işçinin ya da üçüncü kişinin tam kusuru ile kesilmemiş olması da zorunludur.

Somut olayda, zararlandırıcı olayda üçüncü kişinin %75 ve hak sahiplerinin miras bırakanı Yusuf İmamoğlu'nun %25 kusurlu olduğu açık-seçiktir. Hal böyle olunca, zararlandırıcı olay üçüncü kişi ve hak sahiplerinin miras bırakanının kusurlu davranışı sonucu oluştuğuna göre, nedensellik bağının kesildiği ve özellikle işverenin hak sahiplerinin miras bırakanının kusurundan sorumlu tutulamayacağı giderek yukarıda sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararına dayanılarak istihdam eden davalının sorumluluğuna gidilemeyeceği ortadadır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle, anılan İçtihadı Birleştirme Kararına yanlış anlam verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” (KİB).

¹⁶⁶ Bununla birlikte elbette yalnızca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından değil, aynı zamanda borçlunun doğrudan kusurunun ele alındığı ve TBK md. 112'ye göre sorumluluğunun değerlendirildiği bir olayda da, borçluya kusur yüklenemeyeceğinin ispatlanmasının, doğrudan borçlunun şahsi sorumluluğuna karşı da bir savunma argümanı olacağını hatırlatmak gerekir.

A. Tazminatın Kapsamı ve Sorumluluğun Ağırlaşması

1. Genel Olarak

Tazminatın hesaplanması konusunda öncelikle, kapsam ve sorumluluğu artıran unsurlar üzerinden incelemeye başlamak uygun olacaktır¹⁶⁷.

Yardımcı kişilerin saf borcu ihlal eden (imkansızlık, temerrüt gibi) davranışlarında olduğu gibi, salt haksız fiil teşkil eden davranışlarından dolayı da, borçlunun sorumluluğu doğacaktır¹⁶⁸. Bunun gibi, aynı olay içerisinde bir fiilin hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebileceğini de (örneğin, bir fabrikadaki güvenlikçinin, çalıştığı fabrikanın mallarından birini çalması veya otomobil kiralayan bir kişinin, otomobil ile kendi dikkatsizliği nedeniyle kaza yapması vs.) hatırlatmak gerekir¹⁶⁹. Ancak, somut olaydaki zarar, gerek yardımcı kişinin sözleşmeye aykırılık teşkil edecek fiillerinden meydana gelsin gerekse de sözleşme ile bir bağlantısı olmayan saf haksız fiil teşkil eden fiillerinden meydana gelsin, kanun koyucunun haksız fiiller için belirlediği kurallar, uygun düştüğü şekilde her iki durumda da uygulanacaktır¹⁷⁰. Dolayısıyla da bu kurallar, tazminatın kapsamının belirlenmesinde rol oynayacaktır.

Aynı şekilde, yukarıda zarar türleri bahsinde kısaca ifade ettiğimiz (doğrudan, dolaylı, olumlu, olumsuz vs.) zarar türlerinden de, borçlu, yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde sorumlu olabilecektir¹⁷¹. Dolayısıyla, zarar türlerinin tazminatın incelenmesinde ve hükmün oluşturulmasında dikkate alınacağını ifade edebiliriz.

Diğer taraftan borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı, ihlali bizzat kendi

¹⁶⁷ Tazmin kelimesinin çoğulu olarak ifade edilen “*Tazminat*” kelimesinin, bir kimsenin uğradığı zararın bir başkası tarafından giderilmesi şeklinde tanımlandığını söyleyebiliriz., bkz. Nomer, **Tazminat**, s. 33.

¹⁶⁸ Kural olarak, her türlü zararın karşılanması gerekir. Förster, **a.g.e.**, s. 46, Pn. 169.

¹⁶⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 384, Pn. 1257.

¹⁷⁰ Gmür, **a.g.e.**, s. 172; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 384, Pn. 1258.

¹⁷¹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 222.

gerçekleştirmiş gibi sorumlu tutulacak¹⁷² ve esasen tazminatın belirlenmesinde de kural olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun borca aykırılığa ilişkin genel hükümleri ve gerektiği hallerde de haksız fiillerden dolayı sorumluluğa ilişkin hükümleri uygulanacaktır¹⁷³. Örneğin, yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde geç ifa etme durumu ortaya çıktığında borçlu, TBK md. 117 ve devamındaki temerrüt hükümlerine göre sorumlu olacaktır¹⁷⁴. Sözün kısası, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta da borçlu, ihlal edilen hukuk normuna ilişkin düzenlemelerden bizzat ihlal edenmiş gibi sorumlu tutulacaktır¹⁷⁵. Yine yardımcı kişinin, TBK md. 116 anlamında sorumluluğa sebebiyet veren davranışlarında bizzat kusurlu olmasının aranmadığı, bununla birlikte, yardımcının bir de kusurlu olması durumunda ise, bunun munzam kusur olarak borçluya izafe edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir¹⁷⁶.

Yardımcı kişilerin, borçlunun sorumluluğunu ortaya çıkaran fiilleri, bir dükkanın camının kırılması, evin halısının yanması gibi malvarlığına olumsuz etkisi bulunan maddi zararlara sebebiyet verebileceği gibi; manevi zararlara ve hatta malvarlığına doğrudan bir etkide bulunması gerekmeyen normatif zararlara da sebebiyet verebilecektir¹⁷⁷. Örneğin, yardımcı kişinin fiilleri neticesinde ağır bedensel zarara uğrayan alacaklının yakınlarının, manevi tazminat talebi gibi

¹⁷² İnal, **Aykırılık**, s. 597.

¹⁷³ Şenocak, **Yardımcı**, s. 222 vd.

¹⁷⁴ Bkz. Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁷⁵ Şenocak, **Yardımcı**, s. 222; ayr. bkz. BGE 82 II 533; Dolayısıyla, “...Dava, taşıma sebebiyle rücuen tazminat istemine dair olup, dosya içeriğinden her ne kadar tahliyenin gönderilene ait olduğu anlaşılmakta ise de, hasar gönderilene ait iş makinesinin davalılardan Ö. F. K.'ın kullanımı sırasında meydana gelmiştir. Söz konusu aracı kullanma yükümlülüğü olmamasına rağmen anılan davalının kusurlu eylemiyle zarar vermesi halinde bu davalı B.K.41. uyarınca, bu davalıyı çalıştıran davalılardan Ç... Taşımacılık Ltd. Şti.'de 818 Sayılı B.K. 100. maddesi uyarınca çalıştırdığı şoförün kusuru nispetinde sorumlu olacaktır. Davacının sigortalısıyla davalılardan G... Nakliyat Ltd. Şti. arasında imzalanan sözleşme ile de bu davalı söz konusu ilişki sebebiyle her ne sebepten olursa olsun araç şoförlerinin verdiği zararlardan sorumlu bulunduğunu sigortaliya karşı taahhüt etmiştir...” (KİB) şeklindeki, Yarg. 11. HD, 24.06.2013 T., 2012/16275 E., 2013/13212 K. Yargıtay kararında da görüldüğü üzere, somut olaydaki yardımcı kişinin, borç ilişkisinin karşı tarafına verdiği zararların tazmini hesaplanırken, kusur olarak zararı veren kişinin kusuru dikkate alınacak ve buna göre bir tazminat hükmü kurulacaktır.

¹⁷⁶ Nomer, **Tazminat**, s. 80.

¹⁷⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 223.

yansıma zarar örneği de¹⁷⁸; yine paket tur düzenleyicisinin yardımcılarının fiilleri neticesinde, sözleşmesi gereği gibi ifa edilmeyip, tatil süresi boşa harcanan alacaklının bu normatif zarar örneği de, borçlunun sorumluluğuna sebebiyet verebilecektir.

Çoğu halde borçlunun kusurunun bulunması, onu ortaya çıkan zararlardan dolayı doğrudan sorumlu yapacağından, artık bu durumda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne gerek kalmadan da, doğrudan borçlunun kusura dayanan borca aykırılık sorumluluğuna gidebiliriz. Örneğin, borçlu, sözleşmenin açık hükmü, işin niteliği veya teamül gereği yardımcı şahıs kullanmasının doğru olmadığı bir olayda, işi (bir kısmını veya tamamını) yardımcı kişilere bırakması halinde veya o işi yapmak için uygun niteliklere sahip olmadığı belli olan kişiyi ifada kullandığında, hatta doğru kişiyi kullanmasına rağmen ona yanlış malzeme veya yanlış talimat verdiğinde ve bunun gibi örneklerde, esasen bizzat kusurlu hareket kabul edilir¹⁷⁹.

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunun tamamlanması için, kural olarak borçlunun bir kusurunun bulunması gerekmeyecektir¹⁸⁰. Bununla birlikte, yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumlulukta, borçlunun ayrıca kusurunun da söz konusu olduğu hallerde, tazminattan indirim sebepleri kısmen veya tamamen etkisiz kalacaktır; ki alacaklının kusurunun bulunduğu bir olayda, borçlunun bu durumunun

¹⁷⁸ Farklı bir tür olarak ifade edilen “şok zararları” kavramında ise, uygulamada bir kişinin doğrudan kendisinin olmayan, yani bir yakınının zararının tanığı olması veya durumdan haberdar olması suretiyle oluşan zararların ele alındığı ifade edilmektedir, Çakırca, **a.g.e.**, s. 208 ve 198 vd.; Ayrıca “Şok zararları – Duygu zararları” ayrımı için inc. Erlüle, **a.g.e.**, s. 144 vd.

¹⁷⁹ Örneğin, bir bankanın, çalışanlarının fiillerinden dolayı kusursuz olarak sorumlu olduğu ve aynı zamanda zararın önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması noktasında ise kusurlu olduğu, şeklinde değerlendirme teşkil eden hükmü uygun bulan Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 19. HD., 27.10.2016 T., 2016/6764 E., 2016/14020 K.: “...Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davalı bankanın, kendisinin ifa yardımcısı konumunda olan banka çalışanı ...'nın gerçekleştirmiş olduğu usulsüz, hukuka ve borca aykırı davranışlarından dolayı davacının uğramış olduğu zarardan asli borçlu sıfatıyla kusursuz olarak sorumlu olup, ayrıca bankanın sözkonusu zararın önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması yönünden de kusurlu olduğu, ... gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. ... yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, ... oybirliğiyle karar verildi.” (LHBS).

¹⁸⁰ Wolf, **a.g.e.**, s. 450.

tazminatın indirilmesini engellemesini örnek verebiliriz¹⁸¹. Örneğin, bir vinci demonte edilmesi için anlaşılan kişi (borçlu), bu işin gerçekleştirilmesi için işçilerinden birisini (yardımcı kişi) görevlendirmiştir. Bu işçinin vinci sökmesi sırasında bir zarar meydana gelmektedir; ki bu durumda borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumludur. Bu örnekte, alacaklı tarafın da alması gereken önlemleri almaması nedeniyle zararın oluşumunda kusurlu olması varsayımında, borçlunun sorumluluğu (örneğin % 50) indirilecekse de, aynı olayda borçlunun da bizzat kendi kusuru bulunması (örneğin yardımcısını iyi talimatlandırmamış olması vs.) durumunda, sorumluluğun değerlendirilmesinde indirim oranı azalacaktır (örneğin % 25)¹⁸².

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta borçlunun sorumluluğunun ağırlaşaacağına değerlendirildiği bir diğer ihtimal ise, somut olayda alacaklının zararını meydana getiren fiillerin bir değil, birden fazla yardımcı kişi sıfatına sahip kişiler tarafından işlenmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda borçlunun sorumluluğunun, farazi kusurlar bakımından çeşitli sebepler eklenerek değerlendirileceği ifade edilmektedir¹⁸³. Burada sorumluluğun artmasını, zararın tazmininde sorumluluğun üst sınırdan değerlendirilmesi olarak anlamak gerekir¹⁸⁴. Zira, zarara kaç kişi sebebiyet verirse versin, tazminata sebep teşkil edecek olan zarar

¹⁸¹ Koller, **101**, s. 106.

¹⁸² Koller, **101**, s. 106; zarara uğrayanın kusurunun da söz konusu olduğu ve işverenin de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu tutulması gereken bir somut olay için ayr. bkz. Yarg. 9. HD, 06.03.1998 T., 1998/396 E., 1998/3472 K.: “...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre 21.10.1992 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucunda davacının %16.2 oranında işgücü kaybına uğradığı ve bu oran üzerinden kendisine gelir bağlandığı, tarafların daha önce açılan ve sonuçlanan rücu davasında alınan bilirkişi raporundaki kusur oranlarına bir diyecekleri olmadığını bu bilirkişi raporuna göre de %25 davacı işçinin %75’de davalı işverenin diğer işçilerinin kusurlu olduklarının belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu tazminat davasıyla ilgili olarak mahkemece %25 kusur oranına göre hesaplama yapılmış ve zarar SSK.ca bağlanan gelirlerle karşılanmış olduğu gerekçesiyle maddi tazminat isteği reddedilmiş ise de, olayda davalı işverenin diğer işçilerinin %50 oranında kusurundan da istihdam edilen sıfatıyla işverenin sorumlu olduğundan %25 oranında davacının müterafık kusuru esas alınıp %75 oranına göre yapılacak maddi tazminat hesabından sorumlu tutulmalıdır...” (KİB).

¹⁸³ Koller, **101**, s. 106.

¹⁸⁴ İnc. Avcı Braun, **a.g.e.**, s. 44 vd.

bellidir. Bu zarar tazminatın da üst sınırını oluşturacaktır¹⁸⁵. Örneğin, dış cephenin ısı yalıtımı işinin yapılması için alacaklının evine giden ve ev sahibinin penceresini kıran kişilerin sayısı ile pencerenin maddi değerinin çarpılması gibi bir durum söz konusu olamaz¹⁸⁶.

Diğer taraftan, tazminatın hesaplanması açısından esas alınma tarihi de önem arz edecektir. Esasen bedensel zararlar bakımından TBK md. 75'deki "*Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.*" hükmü dikkate alındığında, hakimin zararların değerlendirmesi bakımından hüküm tarihini esas alacağı ve hatta iki yıl içerisinde bu hükümde değişiklik yapabileceğinin de açıkça ifade edildiği görülecektir. Ancak Yargıtay'ın, bedensel zararlar dışında kalan zararlarda, zararın değerlendirilmesine ilişkin hakim görüş olan, hüküm tarihinin¹⁸⁷ esas alınması görüşünün aksine, zarar tarihini esas aldığı da ifade edilmektedir¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Karahasan, **Sözleşme**, s. 306.

¹⁸⁶ Böyle bir durum, belki de ceza hukuku anlamında söz konusu olabilir ve haksız fiili işleyen kişilerin sayısı önemli olabilirdi; ancak alacaklı, borçlar hukuku anlamında zararını, bu zarara sebebiyet veren birden çok yardımcı kişiden, müteselsil sorumluluk kapsamında veya doğrudan borçludan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında (tek bir zarar kalemi olarak) isteyebilecektir.

¹⁸⁷ Çelik, **a.g.e.**, s. 212; Karahasan, **Sözleşme**, s. 302.

¹⁸⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 87 vd., Pn. 236; Çelik, **a.g.e.**, s. 213; Yarg. 4. HD, 23.12.1982 T., 1982/7190 E., 1982/11637 K.: "...Dava haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın tahsili isteği ile BK.nun 41. maddesi hükmüne dayanılarak açılmıştır. BK.nun 41. maddesinde ifade edilen zarar ise mal varlığında meydana gelen bir azalmayı ifade eder. Bu eksilme mal varlığının zarar verici eylemin işlenmesi sonucu içine düştüğü durumla, bu eylem olmasa idi mal varlığının bulunacak olduğu durum arasındaki farktan ibarettir. Bu farkın tesbiti bakımından davaya konu olan olayda yedieminle teslim edilen 48 koyun hakkındaki istek yönünden davacının mal varlığındaki azalmanın hangi tarihte gerçekleştiğinin tesbiti önem kazanmaktadır. Çünkü mahkemece de benimsendiği gibi kural olarak davacının malvarlığındaki azalmanın haksız fiilin işlendiği tarihte meydana geldiği kabul edilir. Tazminatın tutarı da mal varlığındaki eksilmenin meydana geldiği tarihe göre tesbit olunur. Nevar ki davacının gasbedilen 148 koyunundan 48 adedi başlangıçta elden çıkarılmamış, mahkemece üzerine ihtiyati tedbir konularak yediemin sıfatıyla davalı M...ya teslim edilmiştir. Esas hakkında açılan dava sonunda yedieminde mevcut 48 koyunun aynen davacıya teslimine dair karar verildikten sonra bu koyunlar yediemin davalı M... ile anlaşılan diğer davalılar tarafından yedieminde alınarak satılmıştır. O halde sözü edilen 48 koyunun davacının mal varlığında fiilen ancak onların yedieminde alınarak satıldığı günde çıkmış ve eksilmede o tarihte gerçekleşmiştir. Bu itibarla 48 damızlık koyunun yedieminde alınıp satıldığı tarihte gerçek değeri tesbit edilerek onun ödetilmesin karar verilmek gerekir. Mahkemece 48 koyunun

Tazminat miktarı kural olarak, en üst noktada zararla sınırlı kalacak olmakla birlikte¹⁸⁹, bazı hallerde zararın üzerinde kalemlerin de hükme eklenebilmesi söz konusudur. Caydırıcılık ortaya koymak gibi bir niteliğe sahip olan ve “*Medeni hukuk cezası*” olarak isimlendirilen bu kurumun¹⁹⁰, kıyasen uygulanmak veya herhangi bir şekilde genişletilmek suretiyle uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir; ki bu durumda bahsi geçen kavram, ancak kanunun doğrudan cevaz verdiği hallerde uygulama alanı bulabilecektir¹⁹¹. Dolayısıyla tazminatın zarardan daha aşağı olmasına her zaman hükmedilebilirken¹⁹², zarardan fazla olması ise yalnızca özel hallerde mümkün olabilecektir.

Buna göre, TMK md. 995’deki¹⁹³ iyiniyetli olmayan zilyedin verdiği zararların tazmini, TMK md. 25’deki¹⁹⁴ kişilik hakkına saldırı dolayısıyla verilen zararların tazmini, TBK md. 530’daki¹⁹⁵ vekaletsiz iş görme ilişkisindeki tazminat

yediyeminden alınıp satılmasından çok önceki bir tarihin davacının mal varlığında azalmanın meydana geldiği tarih olarak benimsenmesi ve hükmün ona göre kurulması usul ve kanuna aykırıdır...” (KİB).

¹⁸⁹ Nomer, **Tazminat**, s. 63; Avcı Braun, **a.g.e.**, s. 44; Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 120; Antalya, **Manevi**, s. 79; Karahasan, **Sözleşme**, s. 306; Çelik, **a.g.e.**, s. 209.

¹⁹⁰ Ayr. bkz. Yarg. 11. HD, 11.07.20011 T., 2010/683 E., 2011/8676 K.: “...Dava, yetkisiz temsille imzalanan çeklere dayalı çek bedeli ve tazminat istemine ilişkindir. TTK'nın 590. maddesindeki, “Temsile salahiyyetli olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat mesul olur ve poliçeyi ödediği takdirde temsil olunanın haiz olabileceği haklara sahip olur. Salahiyyetini aşan temsilci için dahi hüküm böyledir” hükmü gereği karşılığı bulunmayan ve davalı tarafından tek imza ile imzalanan şirkete ait çeklerden davalının şahsen sorumlu olduğuna mahkemece karar verilmiştir. TTK. 695/3. maddesinde ise, “Gösterilen paraya mukabil muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek keşide eden kimse; çekin kapatılmayan miktarının yüzde beşini ödemekle mükellef olduktan başka hamilin bu yüzden uğradığı zararı tazmine mecburdur” hükmü bulunmaktadır. TTK. 695/3. maddesinde belirtilen “tazminat”, bir “zarar karşılığı ödenmesi gereken bir zarar değildir. Bu, bir nevi “medeni ceza”ır. Dolayısıyla hamilin zarar görmüş olmasına dahi gerek yoktur (İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2. Cilt*, 2004, s.2118)...” (KİB).

¹⁹¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 114, Pn. 348.

¹⁹² Karahasan, **Sözleşme**, s. 307.

¹⁹³ “...İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır...”.

¹⁹⁴ “...Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır...”.

¹⁹⁵ “İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu

alacağı ve yine FSEK md. 70'deki¹⁹⁶ mali ve manevi hakları saldırıya uğrayan kişiye ödenecek tazminatı düzenleyen hükümler, bu belirttiğimiz kuruma örnek gösterilmektedir¹⁹⁷.

Yine belirli bir aykırılığa sebebiyet veren fiilin, ayrı hükümlerce farklı cezalara tabi kılınmış olması halinde de, gerçek zarar ilkesi bir kenara bırakılarak bu hükümlerin uygulanabileceğini, dolayısıyla da meydana gelen zarardan daha fazla bir miktarda tazminata da hükmedilebileceğini belirtmek gerekir¹⁹⁸. Benzer şekilde Türk Medeni Kanunu kapsamındaki bazı hallerde de, gerçek zarar ilkesinin kenarda tutulabildiğini ekleyebiliriz¹⁹⁹.

kurtarmakla yükümlüdür.”.

¹⁹⁶ “...Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir...”.

¹⁹⁷ Bkz.: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 114, Pn. 348; Antalya, **Manevi**, s. 79 vd.; Benzer şekilde bkz. Yarg. 10. HD, 03.05.2016 T., 2016/3018 E., 2016/7312 K.: “...5510 Sayılı Kanun'un 39. maddesi, 1479 Sayılı Kanun'un 63. maddesiyle karşılaştırıldığında; "suç sayılır hareket" yerine "kast"; "ilk peşin değer" yerine "ilk peşin sermaye değerinin yarısı" ölçütü getirilerek 1479 Sayılı Kanuna oranla daha dar kapsamlı bir içerik oluşturmuş olup, bu düzenlemenin amacı; "kasti" hareketiyle sigortalı veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine aylık bağlanmasına neden olan üçüncü kişiye kısmen de olsa medeni ceza vermek ve Kuruma gelir sağlamaktır.(Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı, s.951)...” (KİB).

¹⁹⁸ Örn.: Yarg. 3. HD, 20.05.2014 T., 2014/3421 E., 2014/7744 K.: “...Davacı kurum elemanları tarafından düzenlenen kaçak elektrik tespit tutanağı ile taşınmazda, sayaçsız, uçları sayaç kutusundan direkt bağlanmak suretiyle elektrik tüketildiği saptanmış ve buna göre dava konusu borç tahakkuk ettirilmiştir.Kaçak elektrik tutanağı aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan resmi belgelerden olup, aksi de ispat edilemediğine göre, yasal şekilde tesis edilmiş sayaçtan geçirilmeden enerji tüketmesi eyleminin kaçak elektrik enerjisi tüketimi olduğundan, mahkemece davalının kaçak elektrik kullandığının kabulü gerekir.

Hukukumuzda gerçek zarar ilkesi geçerlidir. Zarar gören ancak haksız fiil nedeniyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebilir. Ne var ki, zararın giderilmesi kanun ve yönetmelik hükümlerine göre çıkartılan ve yayımlanan tarifeler ile belirlenmesi halinde, bunu bilerek zarara sebebiyet veren kişilerin, sorumlu tutulacağı bedelin, tarife hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Bu halde, gerçek zarar ilkesine bakılamaz.

Hal böyle olunca, mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilerek, tutanak tarihinde yürürlükte bulunan Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği ve yönetmelik hükümleri gereği yayımlanan usul ve esaslara göre davacının talep edebileceği kaçak elektrik tükettirilen uzman bilirkişi heyetinden alınacak rapor ile belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yasal düzenlemelere aykırı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...” (KİB).

¹⁹⁹ Bkz. YHGK, 25.05.2016 T., 2014/2-1156 E., 2016/636 K.: “...Hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış sonucu hakkı ihlal edilenin zararının giderilmesi, menfaatinin denkleştirilmesi hukukun temel ilkesidir. Ancak, TMK'nın 174/1. maddesi, genel tazminat esaslarından ayrılmış ve kendisine

Bu noktada belirtmek gerekir ki, yukarıda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından ifade ve kabul ettiğimiz görüşler çerçevesinde, örneğin bir eserin yayımlanması maksadıyla yayımcıya teslim edildiği bir somut olayda, yayımcının yardımcılarında bir kişinin güveni suistimal suretiyle, verilen eseri yayımcının bilgisi dışında gizlice kendi hakimiyetine kopya ederek, daha sonra eserin yayımlanmasıyla birlikte aynı zamanda el altından kendi ürettiği kopyaları piyasaya sürmesi halinde, bu yardımcının esere ilişkin bu tarz davranışlarını da üstlenmek zorunda olan yayımcının, yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlardan dolayı sorumlu olacağını ifade edebiliriz²⁰⁰. Zira kendisine (eserin saklanması, uygun şekilde işlenmesi, dağıtılması ve sair hususlarda) güvenilen borçlunun, kendi hakimiyet alanında meydana gelen ve önleyebileceği böyle bir zarardan dolayı sorumlu olması gayet doğaldır. Zira borçlu, kullandığı, hakimiyet alanına ve dolayısıyla da alacaklı ile arasındaki nisbi borç ilişkisine müdahale imkanı tahsis ettiği yardımcı kişilerin bu tarz fiillerinden de sorumlu olmalıdır. Dolayısıyla da borçlu, bu gibi bir durum da dahil olmak üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında maddi, manevi, olumlu, olumsuz, doğrudan, dolaylı, yansıma, normatif ve sair zarar ayrımlarından dolayı sorumlu olacaktır²⁰¹.

özgü kural getirmiştir. Haksız fiil tazminatının temel unsuru olan “gerçek zararın belirlenmesi” koşulu, Aile Hukukunda, Borçlar Hukukundaki düzenlemeden farklıdır. Eşler arasındaki ilişkinin özelliği itibarıyla burada gerçek zararı tam olarak belirlemek zordur. Bu özelliği nedeniyle ki, yasa, menfaati zedelenene, uygun bir tazminat verileceğini açıklamıştır. Hakim, tazminat miktarını takdir ederken, kusurun ağırlığını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, evlenme şanslarını, ortalama yaşam sürelerini, yaşam seviyelerini ve geçim koşullarını göz önünde tutarak, makul ve herkesçe kabul edilebilir bir miktar belirlemelidir...” (KİB).

²⁰⁰ Ayr. inc. Yarg. 11. HD, 18.02.2002 T., 2001/9069 E., 2002/1248 K.: “...Davacı vekili, müvekkilinin uzun yıllar emek vererek meydana getirdiği “...” adlı eserini yayınlamak için 13.12.1995 tarihinde yapılan sözleşme ile Belediyesi ile anlaştığını, sözleşmenin eserin sadece 1. baskısı ve 2500 adetle sınırlı olmasına karşın, davalı Belediye'nin 1999 yılı öncesinde söz konusu kitabı defalarca bastırarak satışa sunduğunu, davalı Belediye Başkanının da kitabı izinsiz bastırarak seçim öncesi çalışmalarında kullandığını, piyasadaki kitap sayısının çokluğu yüzünden müvekkilinin kitabın 2. baskısını yapma projesinden vazgeçmek zorunda kalarak maddi zarara uğradığını ileri sürerek, (4.000.000.000) TL. manevi ve (8.000.000.000) TL. maddi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... vekili, müvekkilinin onay ve bilgisi olmadan basılan kitap nedeniyle sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir...

...davalı Belediye Başkanlığı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...” (KİB).

²⁰¹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 222.

Ancak bu gibi bir durumda, her ne kadar maddi ve manevi hakların zarara uğramasından dolayı talepler borçluya yöneltilebilecek de olsa, (kendi görüşümüzü de sınırlamak bakımından) medeni hukuk cezası niteliği teşkil ettiği belirtilen bir tazmin yükümlülüğünün yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında ele alınmasının her durumda uygun olmayacağı sonucuna varmaktayız²⁰². Bu sebeple de, maddi ve manevi tazminat gibi genel tazmin yükümlülükleri (zararları aşan kısımların) dışında, edinilen değer karşılığının da yardımcı kişi kullanan tarafından karşılanması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, zararlar nedeniyle borçlunun da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu tutulması mümkün

²⁰² Ayrıca Yargıtay'ın, tazminat hükmü açısından, baskı adetini oldukça ayrıntılı olarak ele aldığı bir karar olarak bkz. Yarg. 11. HD, 16.12.2015 T., 2015/5590 E., 2015/13556 K.: "...Davalı, öğrenciler tarafından kendilerine getirilen fotokopileri istenen sayıda çoğalttığını hem de isteyene spiral halinde teslim ettiğini, sadece spiral etme ve fotokopi çekme ücreti aldığını, bunun dışında iddia edilen işi yapmadığını, olayda davacının zararının oluşmadığını, işinde kusurunun bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının davaya konu eserlerin yazarları ile arasında eserlerin basım ve dağıtımına yönelik sözleşme bulunduğu, ...'un 20.3.2007 tarihinden itibaren kırtasiye işi ile iştigal ettiği, ...'un ise mükellefiyet kaydının bulunmadığı, 25.5.2010 tarihli Arama ve El Koyma Tutanağına göre ... Kırtasiye adlı işyerinde Medeni Usul Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku kitaplarının spirallenmiş vaziyette Roma Hukuku, kitabının fotokopilerinin bulunduğu, 3 adet CD içeriğinde de kitapların dijital nüshalarının bulunduğu, fotokopi yöntemiyle ya da dijital kopyadan çoğaltmak suretiyle elde edilen eserlerin piyasaya sürülmesinin davacının FSEK ile korunan çoğaltma (m.22) yayma (m. 23) haklarını ihlal edildiği, kaldı ki bu şekildeki korsan baskı ile elde edilen eserlerin davalı tarafça pazarlanmasının davacı yayınevinin satış sayısını olumsuz olarak etkileyeceği, farazi olarak bir sözleşme yapılsa idi baskı sayısının kaç olacağı konusunda bir tahmin yapılması gerektiği, somut olayda baskı sayısının 2000 olarak alınacağı, telif oranının % 20 olarak belirlendiği, öğrenciye %20 indirim yapılacağına kararlaştırılmış olması dikkate alınarak belirlenen birim fiyatlar üzerinden yapılan telif tazminatı hesabına göre ve FSEK 68 m. uyarınca 3 katı tazminat bedeli olarak 95.820,00 TL'nin davalı tarafından talep edilebileceği gerekçesiyle davanın kabulüyle 95.820,00 TL tazminatın haksız eylem tarihinden itibaren (25.5.2010) ticari faizi ile birlikte davalılardan müstereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiştir...

...1-) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı'un aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.

2-) Davacı tarafından, mali hakları kendisine devredilen 3 adet kitabın davalılar tarafından fotokopi suretiyle çoğaltılarak satışının yapıldığı ileri sürülerek davalıların haksız eylemleri sebebiyle uğranılan zarar talep edilmiştir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda, davalıların işlettiği kırtasiyenin konumu, kitap fiyatları, öğrencilerin tutumu vs. dikkate alınarak baskı adedi tahmini 2000 adet olarak belirlenmiş, buna göre yapılan hesaplama da mahkemece hükme esas alınmıştır. Ancak, fotokopi işiyle iştigal eden davalı işyerinin öğrencilerin yoğun olduğu üniversite bölgesinde bulunduğu, bu bölgede davalı dışında faaliyet gösteren benzer işletmelerin de varlığı alınarak o bölgede ihlale konu olabilecek izinsiz kitap çoğaltmalarının tümünün davalı tarafından gerçekleştirildiği varsayımından hareket edilmek suretiyle sonuca ulaşılması doğru görülmeyp ve bilirkişi raporundaki 2000 adet nüsha üzerinden hesaplanan tutarın tümünün hüküm altına alınması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..." (KİB).

olmakla birlikte, elde edilen gelirin ise doğrudan hakkı ihlal eden yardımcı kişiden talep edilmesi daha uygun olur²⁰³. Sonuç olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında tazmini talep edilecek kalemlerin, medeni hukuk cezası şeklindeki tazminat hariç tutulmak suretiyle bulunacak zararlar olması daha uygundur. Dolayısıyla, borçlunun TBK md. 116 gereğince üstlenmek zorunda olduğu rizikonun sonuçları, hakkaniyete uygun şekilde dengelenmiş olur.

2. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluğun Tazminata Ek Sonuçları ve Özellikle Yayın Haklarına İlişkin İhtimaller

Hemen her olayda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının uygulaması, ortaya çıkan bir zararın tazmininin borçludan talep ve tahsil edilebilmesi ekseninde ele alınsa da, bir kişinin yardımcı kişisinin davranışlarının, borç ilişkisinin karşı tarafı bakımından bir zarara sebebiyet vermek dışında, sözleşmenin feshine sebebiyet vermek gibi başka sonuçları da doğurabilir. Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda²⁰⁴, bir eczane ile kamu kurumu arasında yapılan sözleşmenin, eczacının

²⁰³ Ancak, yardımcı kişinin bu fiilleri neticesinde, gelirin de borçlu bünyesinde arttığı bir durumda ise, bu talep de borçluya yöneltilebilecektir. Örneğin, borçlunun yardımcısının, gizlice ürettiği nüshaları borçlunun yaptığı bir teslimatta teslim etmesi ve fazla satıştan borçlunun kasasına girecek meblağın fazla kısmını gizlice almayı planladığı bir durumda, henüz ihlalden elde edilen kar borçlu elinde ise, alacaklı elde edilen gelire ilişkin hakkını da borçluya yöneltilebilir.

²⁰⁴ Yarg. 13. HD, 01.10.2003 T., 2003/6181 E., 2003/10932 K.: “...Davacı, eczane sahibi olduğunu, eczanede olmadığı sırada eczacılar odasının yaptığı denetlemede kalfasının arabasında altı adet sağlık karnesi ile bol miktarda ilaç küpürü bulunduğunu, tutulan tutanak ve rapor içeriğine göre davalı B...-kur İl Müdürlüğü'nün ilaç verme işlemini 47 gün süre ile durduğunu, bu kararın iptalini dava etmiştir...

...Taraflar arasında düzenlenen 4.2.2000 tarihli sözleşmenin uygulanacak esaslar başlığını taşıyan bölümünün 11.maddesinde eczane işlemlerinin tamamlanmasından sonra sağlık karnesinin ilgili kişiye iade edildiği ve eczane ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin sağlık karneleri hariç hiçbir şekilde eczanede alıkonamayacağı ve bulundurulamayacağı kararlaştırılmıştır. Yine aynı sözleşmenin VII maddesinde eczanede yukarıda açıklanan sağlık karneleri hariç her ne şekilde veya her ne amaçla olursa olsun, 3. kişilere ait sağlık karnesi bulundurulmasını yasaklamıştır ve bunu ilaç vermesinin durdurulması kaydıyla fesih sebebi saymıştır. Davaya konu olan ilaç küpürleri ve 6 adet sağlık karnesi eczanenin önünde bulunan ve eczanede kalfa olarak çalışan A... 'a ait araçta yapılan aramada bulunmuştur. BK.nun 100. maddesi gereğince eczacı kalfası eczacının denetimi altında bulunan yardımcı kişidir. Yardımcı kişinin eylemlerinden de davacı eczane sahibi sorumludur. Kalfaya ait aracın eczanenin önünde aranması ve bu araçta sözleşmenin feshine sebep olan sağlık karneleriyle ilaç küpürlerinin bulunması ve bunun araştırılması tarzı davacıyı sorumluluktan kurtarmaz. Aksi halin kabulü eczacı kalfası ve diğer yardımcıların eczane önündeki özel vasıtalarında benzer sağlık karneleri ile küpürlerinin bulunmasının teşvik edebilir. Değerilen bu yönler gözetilerek davanın reddine karar vermek

kalfasının fiillerinden dolayı feshedilebileceğine veya idarenin eczaneye sözleşmenin ihlalden dolayı çeşitli yaptırımsal işlemlerde bulunabileceğine ilişkin durum, buna somut bir örnek teşkil etmektedir.

Bu sebeplerle, yardımcı kişilerin fiillerinin tazminat dışındaki etkilerinin de kısaca incelenmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce, bu konuda en verimli örnekler, sürekli borç ilişkilerindeki yardımcı kişi fiilleri üzerinden somutlaştırılabilecektir. Dolayısıyla, uygulamadaki yaygınlıkları ve klasikleşmiş örnekler dışındaki farklı ihtimalleri ele alma imkanı sunmaları nedeniyle, özellikle yayın hakları eksenli ilişkileri inceleyebiliriz.

Verebileceğimiz ilk örneğimizde, dünyada çeşitli ülkelerdeki özel televizyon kanallarında aynı anda gösterilen ve internet yayınları da belirli bir zamanda yapılması gereken bir televizyon dizisinin yeni bölümlerinin, ulusal yayın haklarına sahip bir ülke televizyon kanalının çalışanları tarafından (hataen veya kasten) internete sızdırılması durumunda, ulusal yayın haklarına sahip olan bu kuruluş, bazı zararlardan dolayı sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda, bölümleri sızdıran kişileri çalıştıran ulusal televizyon kanalı, yapımcı firmaya (ve muhtemelen reklam aldığı kişilere) karşı sorumlu olmalıdır. Burada dizinin yeni bölümlerini internete sızdırarak vaktinden önce yayınlayan çalışanların, o işle görevlendirilmiş uzman kişiler olması ile ulusal yayıncının binası, stüdyosu gibi bir yere, borçlunun veya bu kişilerin yardımcılarının izniyle girmiş olan herhangi bir kişi olmaları arasında bir fark bulunmayacaktır. Ayrıca buradaki durum da yerine göre, tazminat boyutu dışında sözleşmenin feshi gibi hallere de sebebiyet verebilecek bir örnektir.

Bu örnekte özel olarak akla gelen bir durum ise, yayınlanacak dizinin, birden fazla ülkedeki farklı ulusal yayıncılara satılması ve dolayısıyla da, bu ulusal yayıncılardan birisinin hataen veya kasten diziyi internete sızdırması neticesinde diğer ülke yayıncılarının da zarara uğrama ihtimalidir; ki örneğimizde bu durum kaçınılmaz görülmektedir. Şüphesiz dizinin önceden internet ortamına sızdırılması

*gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir...” (KİB), Cevdet İlhan Günay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 450.*

neticesinde, dizinin tüm ülke televizyonlarındaki izlenme oranları düşecek ve bu da dolaylı olarak ulusal yayıncıların (örneğin reklam) gelirlerini etkileyebilecektir²⁰⁵. Peki böyle bir halde, ulusal yayıncılardan birinin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı, zarar gören başka bir ülkedeki ulusal yayıncı, dizi yapımcısı ve dağıtımıcısına karşı bir talepte bulunabilir mi?

Kanaatimizce soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Şöyle ki, ilk olarak zarar veren ve zarar gören kişiler arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. İki farklı borç ilişkisi, zarar veren ile yapımcı/dağıtıcı ve yine zarar gören ile yapımcı/dağıtıcı arasındadır. Burada zarar veren kişi, yapımcının zarar görene karşı olan bir borcunu ifade kullandığı bir kimse değildir. Ancak, zarar veren ulusal yayıncı, dizi yapımcı/dağıtıcısının sahip olduğu bir hakkın²⁰⁶ kullanılmasında rol alan kişilerden

²⁰⁵ Elbette, reklam gelirleri gibi, ortaya konulan zararların ispat edilmesi gerektiğini belirtmek gerekir, YHGK, 20.12.2000 T., 2000/11-1796 E., 2000/1818 K.: “Davacı, Türkiye Futbol Federasyonunca da onaylanan sözleşmeler gereği bazı futbol kulüplerinin yapacağı futbol müsabakalarının televizyon ve radyodan naklen yayın haklarının kendisine ait olduğunu, buna rağmen davalının bazı maçları radyodan yayınlayarak sözleşmenin ihlali nedeniyle zarara uğradığını ileri sürmüş, maddi zararını da, maç yayınları için ilgililere ödenen paralar ve reklam geliri kayıpları olarak açıklamış, yargılama sırasında da reklam gelirleri ile ilgili zarar kalemi hakkındaki davayı atıye terk ettiğini açıklamıştır. Mahkemece uyulan bozma kararında, maçların davalı tarafından radyo ve televizyondan naklen yayınları amacıyla ödenen paraların tazminat olarak isteyemeyeceği, davalının bu maçları sırf radyodan yayınlaması nedeniyle bir zarar doğup doğmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Davacı, bozma kararından sonra yeni zarar kalemi ileri sürmemiş, bilirkişi raporunda da, sadece reklam gelir kayıpları belirtilmek suretiyle tazminat miktarı hesaplanmıştır. Kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmesi gerekir.” özetli karar (KİB).

²⁰⁶ Burada, esas dağıtıcı ile zarar gören ulusal yayıncı arasındaki sözleşme hükümlerine göre, esas dağıtıcının, yayın haklarını başka ülke ulusal yayıncılarına da verme hakkını kullanmasından bahsetmekteyiz. Yoksa, tek yayıncı olarak A ülkesi ulusal yayıncısı ile anlaşılmış olsa ve daha sonra esas dağıtıcı/yapımcı firma bunu B ülkesi yayıncısına da satmış olsa idi, durum doğrudan sözleşmenin ihlali olacağından, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bahsine girmeye de gerek kalmayacaktı.; Ayrıca, başka bir örnek olarak inc. Yarg. 11. HD, 23.03.2015 T., 2014/18481 E., 2015/4019 K.: “...Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalıya ait ... kanalında yayınlanan programdaki yorumcuların, davacıya ait ... kanalında canlı yayınlanan futbol maçlarını eş zamanlı izleyip bu görüntüler üzerinden maçın önemli anlarını eş zamanlı olarak maçın radyodan naklen yayınına benzer şekilde aktardıkları, bu şekilde davalının FSEK'nın 80. maddesinin (C) fıkrasının 1.bendi uyarınca davacının haklarını ihlal ettiği, davalının radyo yayınına değil TV yayınına izinsiz olarak kullandığından ve davalının yayınının TV yayını üzerinden yapıldığından husumet itirazlarının yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, davalıya ait TV kanalında davacı şirketin mali hak sahibi olduğu maçları naklen yayınının izleyici tarafından görülmeyecek şekilde izlenerek söz konusu maçların anlatımı şeklinde program yapılmasının önlenmesine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

birisi olarak nazara alınabilir; ki kanaatimizce de böyle olmalıdır. Dolayısıyla da, yapımcı firma, yayın haklarını verdiği (yayınlanacak eserin herhangi bir kopyasını teslim ettiği) diğer gerçek ve tüzel kişilerin ve hatta onların da yardımcı kişilerinin fiillerini de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince taşımalıdır. Burada zarar veren kişinin, ulusal yayın haklarını satın alacak anlaşmayı, zarar gören diğer ülke ulusal yayıncılarından önce veya sonra yapmış olması da yapımcı/dağıtıcının sorumluluğunu etkilemez. Yine bu durum, tazminat boyutu dışında, zarar gören ulusal yayıncıların, yapımcı ile aralarındaki bu sözleşmeyi sona erdirmelerine de yol açabilecektir.

Özetle belirtebiliriz ki, bu tarz bir örnekte, yapımcı/dağıtıcı firma, ulusal yayın hakkı sahibi bir gerçek veya tüzel kişinin fiilleri neticesinde, diğer bir ulusal yayıncının uğradığı zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanmak suretiyle de sorumlu olmalıdır. Kaldı ki, aksi durumda esas dağıtıcıya, yayın haklarının dağıtımı konusunda uygun olmayan bir keyfiyet tahsis etmiş oluruz. Nihai olarak ise, zarar gören ulusal yayıncının zararlarını tazmin eden ve hatta aralarındaki sözleşme de feshedilen yapımcı/dağıtıcı firma, tazmin ettiği bu zararları, zarara sebebiyet veren yardımcılarını çalıştıran yayıncıya rücu edebilecektir. Dolayısıyla, bu zararların tazmininde kendisine rücu edilen, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu yayıncı kişi de, daha sonra haksız fiil sahibi bu çalışanlarına rücu edecektir.

Yayın haklarına dair hususlar üzerinden örnek verirken, sportif faaliyetlere yönelik yayınları da (yaygınlıkları nedeniyle) ele almak gerekir. Bu vesileyle, bir

Davacının yayın hakkı sahibi olduğu ve naklen yayınladığı futbol maçı görüntüleri ile bu görüntüleri anlatan spikerin sesi davalı tarafın televizyon kanalında yayınlanmamakla birlikte, davalının da canlı olarak yayınladığı spor programındaki yorumcuların davacının "... " logolu televizyon kanalındaki naklen maç görüntülerini izlemek suretiyle sözlü anlatım suretiyle maç yayını yaptığı sabittir. Mahkemece, eylemin 5846 Sayılı FSEK'nın 80/c bendi uyarınca davacının münhasıran sahibi olduğu mali haklarına tecavüz oluşturduğu görüşü açıklanmış ise de, yukarıda açıklandığı üzere bu yayınların davalı tarafça tespiti ve eş zamanlı iletimi bulunmadığından mahkemenin bu görüşü isabetli değildir. Ancak, davalı eylemi aynı Kanun'un 84. maddesinde düzenlenen davacı tarafça ticari maksatla yayınlanan işaret, resim ve sesin davalı tarafça da aynı vasıttan faydalanılarak yayınlanması suretiyle haksız rekabet eylemini oluşturduğundan, haksız eylemin önlenmesine yönelik mahkeme kararının sonucu itibarıyla doğru olması sebebiyle kararın açıklanan bu gerekçe itibarıyla onanması gerekmektedir..." (KİB).

futbol liginin müsabakalarını, yayıncı kuruluştan²⁰⁷ aldığı cihazla ve yapılan anlaşma ile müşterilerine izlettiren işletme (kafe, restoran gibi) sahibinin sorumluluğunu ele alabiliriz. Şöyle ki, yayın sözleşmesi sahibi yayıncı kuruluş²⁰⁸ ile arasında anlaşma bulunan işletme sahibi ve personelleri, müsabakaları müşterilerine sunabilecektir²⁰⁹. Bu, işletmenin sözleşmeden doğan haklarından birisi konumundadır. Ancak, müsabaka yayınlarını cep telefonu ile veya başka bir yöntemle internet üzerinden paylaşan işletme sahibi, sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktır²¹⁰. Aynı şekilde benzer bir fiili, işletme sahibinin personellerinden birisinin yapmış olması durumunda ise bu kişilerin haksız fiil ve işletme sahibinin ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olması gerekecektir. Yine böyle bir örnekte, görüp de ses çıkartılmaması hali saklı olmak üzere, herhangi bir müşterinin gizliden yaptığı benzer fiillerde ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartları sağlanamayacağından, işletme sahibi sorumlu olmamalıdır.

Son verdiğimiz somut örnekler üzerinden belirtmek gerekir ki, tazminatın boyutu, ağırlığı, zarara sebebiyet veren fiillerin kusurluluk değer ölçüsüne göre de

²⁰⁷ Bu kuruluş, yayın haklarını, özerk bir yapıya sahip olan Türkiye Futbol Federasyonu ile yaptığı yayın anlaşması neticesinde elde etmektedir., Doruk Gönen, “Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Televizyon Yayın Hakkı Sözleşmelerinin Borçlar Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 882; ayr. bkz. TFFK md. 13: “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tüm futbol müsabakalarının televizyon, radyo, internet ve her türlü teknik cihaz ve benzeri araçlarla yayınlanmasına, iletilmesine, yayınların düzenlenmesine ve programlanmasına münhasıran Yönetim Kurulu yetkilidir.

Anılan yetki özellikle TFF’nin yayın haklarının merkezi olarak pazarlanmasını ve elde edilen gelirin yetkili organlar tarafından alınan kararlar uyarınca küllüplere dağıtılmasını kapsar.

Milli müsabakalar şifreli olarak yayınlanamaz...”; Ancak özellikle uluslararası müsabakaların yayın haklarının ve dağıtımının, farklı kuruluşların (UEFA, FIA, FIFA, FIBA, EUROLEAGUE, NBA, IOC, vs.) bünyesindeki özel kurallara göre belirleneceği hususunu ayırık tutmak gerekir.

²⁰⁸ Bkz. Gönen, **a.g.e.**, s. 883: “...Futbol yayın sözleşmeleri, futbol karşılaşmalarının yayın hakkına sahip tarafla yayıncı kuruluş arasında, bu karşılaşmaların televizyondan yayınlanması amacıyla yapılan sözleşmelerdir...”.

²⁰⁹ Burada yayın hakkı sahibi olarak tanımlanan kişi, sporcu, spor kulübü, federasyon gibi gerçek veya tüzel kişiler iken, yayıncı olarak ifade edilen ise, bu yayın hakkı sahibi kişiler ile anlaşma yapan diğer sözleşme tarafı kişilerdir, Ahmet Türkmen, **Spor Müsabakalarının Yayın Hakları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 229 vd.; Verdiğimiz örneklerde, müsabakaların yayınlanması noktasında sözleşmeyi ihlal eden kişiler ise, yayıncı kuruluş ile arasında sözleşme bulunan kişilerdir.

²¹⁰ Yayın haklarının, yalnızca işletme içersindeki müşterilere gösterim için kullanılmak zorunda olacağı düşünüldüğünde, bu yetkiyi aşan fiiller sözleşmeye aykırılık oluşturabilecektir.

değişebilmekle birlikte, somut olayda tehlikenin artıyor olması, gerekli ihtimam ve dikkat gerekliliğinin artmasına, bu da ihlal edilen dikkat ve özen yükümlülüğünün daha ağır değerlendirilmesine ve nihai olarak da hükmedilecek tazminatın (elbette zarar tavan sınırını aşmamakla birlikte²¹¹) üst sınırdan belirlenmesine neden olabilecektir²¹².

B. Tazminattan İndirim Halleri

1. Genel Olarak

Gerek yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta borçlunun da kusuru olması ve dolayısıyla bizzat sorumlu olması halinde gerekse de yalnızca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde, tazminatın sınırlarının belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun borca aykırılığa ve haksız fiillerden sorumluluğa ilişkin genel hükümleri değerlendirilecektir²¹³. Kural olarak, tazminat zarardan fazla olamayacaksa da, daha az olabilecektir²¹⁴. Aşağıda kısaca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta borçlunun tazmin sorumluluğunu azaltan sebepleri inceleyeceğiz.

²¹¹ Nomer, **Tazminat**, s. 63; Avcı Braun, **a.g.e.**, s. 44; Çelik, **a.g.e.**, s. 209; Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 120; Karahasan, **Sözleşme**, s. 306; inc. YHGK, 17.03.2010 T., 2010/4-130 E., 2010/161 K.: “...Maddi tazminat; maddi zararın, yani bir kimsenin mamelekinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi için, sorumlu olan şahıs tarafından yerine getirilmesi gereken edadır.

Diğer bir tanımla da tazminat, borçlu tarafından yapılan ve alacaklı mamelekindeki eksilmeyi telafi eden bir edadır.

Tazminat, hiçbir şekilde zarar miktarından fazla olamaz. Zarar miktarı tazminatın azami sınırını teşkil eder (Turgut Uyar, Açıklamalı - İçtihadı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, Birinci Cilt, 1990 bası, s. 549).

Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan “tam tazmin” ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenledir ki, bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceği kabul edilmektedir...” (KİB).

²¹² Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 283, “Erhöhte Gefahr erfordert erhöhte Aufmerksamkeit”.

²¹³ Şenocak, **Yardımcı**, s. 224.

²¹⁴ Karahasan, **Sözleşme**, s. 307.

2. Hafif Kusur

Tazminatın sınırlarının çizilmesinde rol oynayan unsurlardan bir tanesi, kusurun daha hafif olarak değerlendirilmesidir²¹⁵. Diğer bir ifade ile tazminat, kusurun hafif veya ağır olması²¹⁶ ile de değişebilecektir²¹⁷. TBK md. 51/1’de de açıkça ifade edildiği üzere hakim tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığını göz önünde bulunduracaktır²¹⁸. Kusur, çalışmamızda da incelediğimiz üzere, kast, ağır ihmal, hafif ihmal gibi temel ayrımlar altında incelenebilmekle birlikte²¹⁹, kural olarak kusurun tüm ağırlıklarının tazminata sebebiyet vereceğini hatırlatmak gerekir²²⁰.

Borçlunun yardımcı kişilerden doğan sorumluluğu değerlendirilirken, yardımcı kişilerin davranışları esasen borçlunun göstermesi gereken dikkat ve özen sınırları içerisinde değerlendirileceğinden, borçlunun somut olaydaki zararları doğuran eylemleri, yardımcı kişinin hafif kusurlu olmasına bağlandığı gibi, o fiilleri bizzat borçlu yapsa idi borçlu da hafif kusurlu olarak değerlendirilecekti ise, bu durumda tazminatın daha alt bir seviyede kalması durumu ortaya çıkabilir²²¹. Roma hukukunun etkisi sebebiyle Fransız hukukunda ve “*alles oder nichts - hep ya da hiç*”

²¹⁵ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 158; Çelik, **a.g.e.**, s. 257; Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 123; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 315 vd.; İmre, **a.g.e.**, s. 19; BGE 92 II 240.

²¹⁶ “*Culpa levis - Culpa lata*”, Luggauer, **a.g.e.**, s. 57 vd; Berger, **a.g.e.**, s. 420; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 390, Pn. 653.

²¹⁷ Hafif kusur yanında, aynı zamanda “*orta kusurun*” bulunması halinde de hakim durumun özelliklerine göre tazminattan indirim yapacağına ilişkin olarak bkz. Nomer, **Tazminat**, s. 72 vd.

²¹⁸ Nomer, **Tazminat**, s. 72 vd.; ayr. bkz. YHGK, 17.03.2010 T., 2010/4-130 E., 2010/161 K.: “...*Kanun kusurun ağırlığını tazminat miktarının belirlenmesinde ölçü olarak aldığına göre, zararın hesabından sonra, sorumlu kişinin kusuru ağır ise, tazminat zarar miktarına eşit olabilir. Sorumlu kişinin kusuru hafif ise, hükmedilecek tazminat miktarı, zarara denk olmayabilir.*”

Burada sözü geçen, “olayın özellikleri, durumun gereği (hal ve mevkiin icabı)”, tarafların sıfatı, konumu, sosyal ve ekonomik durumları içinde değerlendirilebilecek geniş yoruma açık kavramlardır...” (KİB).

²¹⁹ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 3; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 46 vd.

²²⁰ Gmür, **a.g.e.**, s. 172; Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2012, s. 30; Bazı özel durumların, hafif kusur ile bir araya gelmesinin tazminata etkisi ise TBK md. 52/2’de “*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

²²¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 118 vd.; Şenocak, **Yardımcı**, s. 226.

düşüncesiyle Alman hukukunda da bulunmayan²²² bu indirim sebebinin, İsviçre ve dolayısıyla Türk hukuku'nda kabul edilmiş olmasının, esnek bir yapı itibar etmesi vesilesiyle olumlu bir durum olarak yorumlanabildiği görülmektedir²²³. Buna paralel olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin kusurun hafifliğini indirim sebebi olarak kabul etmesinin aksine, doktrinde hafif kusurun doğrudan indirime esas teşkil etmesi gerekmediği de ifade edilebilmektedir²²⁴. Dolayısıyla, hakimın kusurun oranını hesap ederek tazminatı birebir buna göre hesaplaması gibi bir durum olmadığı, kusurun hafif olmasına rağmen olaydaki diğer verilerden dolayı, tazminatın tam olarak hükme alınabileceği de belirtilmektedir²²⁵.

Zararın tazmininin bir cezalandırma olmadığı²²⁶ ve ancak cezaların kusura göre artırılıp indirilebileceğine dair hak verebileceğimiz bakış açısına göre, kusurun derecesinin tazminatın belirlenmesi anlamında (tek başına) azaltıcı veya artırıcı etkide bulunmasının, tazminat kurumunun amacına uymadığı ifade edilmektedir²²⁷. Ayrıca, ceza hukuku yargılamasındaki kusurun ele alınışı ve bunun borçlar hukuku bağlamındaki etkisi, TBK md. 74/1'deki "*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.*" ve md. 74/2'deki "*Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*" ifadeleriyle de düzenlenerek, bir kısım farklılıklar somut olarak da ortaya konulmuştur.

²²² İmre, **a.g.e.**, s. 19; kusurun farklı değerlendirmeleri olan kast ve ihmalin, aynı sonuca götürmesine ilişkin olarak ayr. bkz. Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 78.

²²³ Bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 119 ve dn. 383.

²²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 591; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 316; bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 119 vd., ve Pn. 371; inc. BGE 91 II 296.

²²⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 120, Pn. 371.

²²⁶ Nomer, **Tazminat**, s. 34 vd.

²²⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 316; Kusur prensibinin cezai vasfı olduğuna dair ise ayr. bkz. İmre, **a.g.e.**, s.22; Kusur prensibinin cezai vasfı olduğuna dair bakış açısı ise, "kusur ne kadar artarsa, ceza da o derece artacaktır" prensibine paralel görünmektedir, bkz. "*Graviore culpa graviore poena*", Liebs, **a.g.e.**, s. 92.

Diğer taraftan, her ne kadar hukukumuzda tazminatın belirlenmesinde etken faktörlerden birisi kusurun ağırlığı ise de, bunun cezai bir amaca hizmet etmediği de belirtilmektedir²²⁸. Hatta örneğin, haksız fiil failinin davranışlarının, son derece ağır şekilde kınanır bir durum teşkil etseler de, bir zarar söz konusu olmadığı durumlarda tazminata sebebiyet vermeyeceğine de dikkat çekilmektedir²²⁹. Bunlar dışında, kanundaki özel hükümlerce de sorumluluğun, özen derecesi baz alınarak farklı ele alındığını da belirtmek gerekir²³⁰.

Esasında yukarıda ifade ettiklerimiz doğrultusunda ve Federal Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere borçlu, yardımcı kişinin fiillerinden sanki o fiilleri kendisi yapıyormuş gibi nazara alınacaktır²³¹. Bu itibarla denilmektedir ki, yardımcı kişinin fiilleriyle verilmiş olan bir zararın tazminat karşılığı hesaplanırken, borçlu eğer yardımcı kişinin yerinde olsaydı ve zarar veren fiilleri kendisi gerçekleştirmiş olsa idi kusurunun ne ölçüde değerlendirilecek olduğunun göz önüne alınması ve kararın da buna göre verilmesi gerekecektir²³². Dolayısıyla, bu bakış açısına göre, yardımcı kişinin kendisi için hafif kusur teşkil eden fiilleri, borçlu tarafından yapılmış olsaydı ve borçlunun ağır kusurlu olduğu sonucunu ortaya çıkaracak olsaydı, borçlu, yardımcı kişinin hafif kusurundan bahisle tazminatın alt seviyeden belirlenmesini bekleyemeyecekti²³³.

Hafif kusurun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından tazminata etkisini daha basit bir anlatım ortaya koyması ve nihai görüşlerimizi açıklaması bakımından bir örnek üzerinden değerlendirmek uygun olur. Şöyle ki,

²²⁸ Nomer, **Tazminat**, s. 35.

²²⁹ Nomer, **Tazminat**, s. 35.

²³⁰ Örneğin, BGB § 690 hükmündeki saklayanın şeyi ücretsiz olarak sakladığı bir durumda sorumluluğunun ölçüsü, özel olarak sınırlanmıştır.: “Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.”.

²³¹ BGE 82 II 525.

²³² Şenocak, **Yardımcı**, s. 226.

²³³ Genel olarak da, üçüncü kişilerin fiillerinden sorumlu olunması gereken durumlarda, fiilleriyle hukuka veya sözleşmeye aykırılığa bizzat sebebiyet veren kişinin kusurunun incelenmesinin, tazminatın belirlenmesinde etkili olduğunu ifade etmek gerekir, Nomer, **Tazminat**, s. 78.

kanaatimizce somut olayda görevlendirilen veya bir hakkın kullanılmasına iştirak eden kişilerin ağır kusurlu olmaları veya hafif kusurlu sayılmamaları ihtimalinde, borçlunun durumunun (söz konusu fiilleri borçlu yapmış olsaydı kusurun derecesinin ne olacağı) ayrıca incelenmesine gerek olmadan, alacaklının zararlarının tam olarak karşılanması gerekecektir. Diğer bir ifade ile borçlu, “ağır farazi kusurlu” veya “farazi olarak ağır kusurlu” sayılacaktır.

Somut olayda yardımcı kişinin hafif kusurlu sayılması durumunda ise (bu sefer doktrinde belirttiğimiz bakış açısına paralel olarak), borçlunun farazi kusuru göz önüne alınmalı ve borçlu da aynı fiili gerçekleştirmiş olsa idi hafif kusurlu sayılacak idiyse, bu durumda tazminattan indirim yapılabilmelidir. Aksi taktirde söz konusu zararları doğuran fiiller borçlu bakımından ağır kusuru ortaya koyacak idiyse, borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında ödeyeceği tazminattan indirimsiz sorumlu olmalıdır. Zira alacaklıyı aralarında bir borç ilişkisi dahi bulunmayan kişinin hafif kusuru ile verdiği zarardan dolayı indirimli tazminat ile yetindirmek yerine, onunla doğrudan borç ilişkisi içerisinde olanın farazi kusurunu hesaba katarak hüküm vermek, zarar gören alacaklı açısından daha tatmin edici olacaktır.

Buradaki ifadeleri ve tarafların durumlarını, farazi kusur kavramı içerisinde formülize etmek gerekir ise:

- Yardımcı kişi ağır kusurlu ise, borçlu her durumda ağır farazi kusurlu sayılmalı;
- Yardımcı kişi hafif kusurlu iken, borçlu aynı fiili kendisi yapsaydı ağır kusurlu kabul edilecekti ise, borçlu ağır farazi kusurlu sayılmalı;
- Yardımcı kişi hafif kusurlu iken, borçlu aynı fiili kendisi yapsaydı o da hafif kusurlu kabul edilecekti ise, borçlu hafif farazi kusurlu sayılmalıdır.
- Hakim görüş uyarınca, yardımcı kişi alacaklının zararına sebebiyet verirken hiçbir kusur ile hareket etmiyor da olsa, borçlu aynı fiili gerçekleştirseydi kusurlu kabul edilecekti ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk tamamlanacaktır.

- Yine hakim görüş uyarınca, yardımcı kişinin kusurluluğuna bakılmaksızın, borçlu aynı fiili gerçekleştirseydi kusurlu sayılmayacağı sonucuna varılıyor ise, bu durumda borçlu sorumlu olmayacaktır; ki bu durumun pratik bakımdan pek mümkün olmaması dolayısıyla, neredeyse her durumda borçlu sorumlu kabul edilecektir.

Diğer taraftan, hafif kusurun tazminata olan etkisi, yalnızca borçlu ile alacaklı arasında kalmamalı, nihayetinde borçlunun yardımcı kişi ile olan iç ilişkisine de tesir etmelidir. Bu itibarla bize göre, zarara hafif kusuruyla sebebiyet veren ve esasen kendi fiili ile sorumluluk esasına göre alacaklı karşısında daha az tazminat ödeyecek konumda bulunan yardımcı kişinin durumunun, alacaklının zararını tam tazmin eden borçlu karşısında da “bu indirim dikkate alınarak” değerlendirilmesi uygun olacaktır. Daha basit bir anlatımla, borçlunun somut olayda tam tazmine mahkum edilmesi gerekse de, doğrudan fail olan yardımcı kişiye daha az miktar üzerinden rücu edilebilmelidir. Böyle bir durum ise borçlunun farazi kusurunun ağır, yardımcının mevcut kusurunun ise hafif olması halinde ortaya çıkacaktır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun niteliği gereği, gerek yardımcının davranışının borca aykırılık teşkil etmediğini, gerekse de borçlu ve yardımcısı üzerindeki kusurun derecesini veya yokluğunu ispat etmesi gereken tarafın ise borçlu olduğunu ifade etmek gerekir²³⁴. Yine bu yüzdendir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu, adam çalıştıranın sorumluluğu veya genel olarak haksız fiil sorumluluğu ile karşılaştırıldığında, borçlu için daha ağır, zarar gören için ise daha avantajlıdır diyebilmekteyiz.

3. Alacaklının veya Yardımcısının Fiilleri

a. Genel Olarak

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta tazminatın sınırlarının belirlenmesinde etkili olabilecek bir diğer unsur, alacaklının bünyesinden

²³⁴ Nomer, **Tazminat**, s. 79 vd.

kaynaklanan kusurdur²³⁵. Kural olarak, bir kişinin kendi kendisine zarar vermesi tazminat hukuku anlamında tazmin edilmesi gereken bir zarar kalemi veya kavramı teşkil etmez²³⁶. Ancak, kişinin kasten veya ihmal ile kendisine zarar veriyor olması, başkasını durumunu ağırlaştırdığı noktada, tazminat hukukunun değerlendirme alanına girecektir²³⁷. Burada alacaklının davranışının, aynı zamanda hukuk düzeni tarafından kınanabilir olması gerektiği ifade edilmektedir²³⁸. Yoksa yardımcı kişisi hırsızlık yapan bir kişinin, alacaklının veya yardımcılarının kapıyı kitlememiş olmalarından bahisle ortak kusuru ileri sürerek tazminattan indirim istemesi mümkün olmayacaktır²³⁹. Diğer taraftan, zarar görenin kusurundan bahsedebilmek için bu davranışın hukuka aykırı olmasına ise gerek yoktur²⁴⁰.

Buna göre, yardımcı kişinin fiilleri neticesinde ortaya çıkan zararın, gerek ortaya çıkmasında gerekse de artmasında, zarar gören alacaklının etkisinin bulunması halinde, bu durum tazminatın belirlenmesi bakımından önem arz edecektir²⁴¹.

²³⁵ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 159; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 318 vd.; Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 126; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 814; ayr. bkz. Çelik, **a.g.e.**, s. 251 vd.; ayr. ortak kusura ilişkin olarak bkz. Yarg. 11. HD, 05.07.2012 T., 2011/5264 E., 2012/12000 K.: “...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı bankanın aralarında sözleşme ilişkisi bulunan davacı adına gelen parayı davacının talebi halinde ödemekle yükümlü olduğu, davalının ifa yardımcısının iş ve işlemlerinden dolayı BK'nın 100. maddesi uyarınca sorumlu olduğu, sorumluluktan kurtulabilmek için zararın doğumunda kusursuzluğunu kanıtlaması gerektiği, ancak davalı tarafın kusursuzluğunu ispatlayamadığı, dava konusu zararın doğumuna davalı tarafın kusurlu eyleminin sebep olduğu, davacının da olayda ortak kusurunun bulunduğu, davacının %25, davalının %75 oranda kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 11.501,25 TL'nin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir...” (KİB), ayrıca bu kararda da bazı kararlarda gördüğümüz üzere TBK md. 66 ile 116 anlamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramlarının (kurtuluş kanıtı anlamında) karıştırıldığı görülmektedir.

²³⁶ Nomer, **Tazminat**, s. 84.

²³⁷ Nomer, **Tazminat**, s. 84.

²³⁸ Koller, **101**, s. 101; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 159; Nomer, **Tazminat**, s. 86.

²³⁹ İnc. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 323.

²⁴⁰ Baysal, **a.g.e.**, s. 33; Atlan, **a.g.e.**, s. 210.

²⁴¹ Yine örneğin, manevi tazminat bakımından, zarar görenin kusurlu olmasının tazminatı ortadan kaldırmayacağı; ancak, Yargıtay'ın bu konuda çok farklı kararlar verebildiği, ağır kusur halinde manevi tazminat talebinin reddedilebildiği de ifade edilmektedir. Bkz. Gürsoy, **Manevi**, s. 17; banka personelinin fiillerinin konu olduğu bir olayda, müşterinin iyiniyetli olarak boş talimatları imzalayarak vermesinin, bankanın sorumluluğundan indirime sebebiyet verecek bir ortak kusur teşkil etmediği yönündeki karar için bkz. Yarg. 11. HD, 17.02.2015 T., 2014/3246 E., 2015/2106 K.: “...Dava, bankacılık işleminden kaynaklanan tazminat istemine dair olup, mahkemece davacı tarafın boş talimatları imzalayarak davalı banka çalışanına vermesi sebebiyle olayda %5

Dolayısıyla, zarar görenin davranışları zararın ortaya çıkmasında etkili olduğu takdirde ve zarara etkili olan bu davranışlar bakımından alacaklı kusurlu kabul edilebildiği takdirde, hakim duruma göre indirimde gidebilecektir²⁴². Roma hukukunda ise zarar görenin kusuruna ilişkin bu durum, “*kendi kusuruyla zarara uğramış olan kimse, zarar görmüş sayılmaz*” şeklinde ifade edilmiştir²⁴³.

TBK md. 52/1'deki “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

müterafik kusuru bulunduğu kabul edilerek, asıl ve birleşen davaların kısmen kabulüne karar verilmiştir. Oysa, davalı banka çalışanı M.K.'a boş ve imzalı talimat verildiği, davalı banka çalışanının bu talimatı hukuka aykırı şekilde kullanıp davacının hesabından parayı çektiği anlaşılmışsa da, M.K.'ın bankanın portföy yöneticisi olması ve davalı bankanın yardımcı kişi kullanması sebebiyle 818 Sayılı B.K'nın 100. maddesi uyarınca bankanın sorumluluğu gündeme gelir. 818 Sayılı B.K'nın 100. maddesinde, borçlunun borcun ifasında veya bir borçtan doğan hakkın kullanılmasında çalıştırdığı yardımcı kişinin, işini gördüğü sırada alacaklıya vermiş olduğu zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir. O sebeple B.K'nın 100. maddesi akdi sorumlulukta uygulanır. Davacıyla davalı banka arasında akdi ilişki bulunduğu sabit olup, davalı banka bu ilişkiyi ifa yardımcısı M.K. aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, M.K.'ın çalıştığı banka adına işlem yaparken davacıdan hukuka aykırı olarak boş talimat alması ve kullanması bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca, banka kendisinin kusursuz davrandığını ileri sürüp ispatlamakla sorumluluktan kurtulamaz. (Bkz. Prof. Dr. Fikret Eren Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, S. 164 vd.) Birer itimat kurumları olan bankalar, bu konuda objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dahi sorumludur. Açıklanan sebeplerle davalı banka 818 Sayılı B.K'nın 100. maddesi gereği M.K.'ın yaptığı işlem sonucu zarar gören davacıya karşı tam sorumludur. Davacının boş ve imzalı talimat vermesi davacının kusuru sayılamayacağı gibi, davalı banka lehine kusur indirimi yapılması da mümkün değildir.

Bu itibarla, davalı bankanın tam kusurlu olarak zarardan sorumlu olmasına rağmen davacının müterafik kusurlu olduğu kabul edilerek tazminat miktarından indirim yapılması doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir...” (KİB); yine hemen hemen aynı diyebileceğimiz bir başka kararda da aynı sonuçlar çıkarılmıştır bkz. Yarg. 11. HD, 24.06.2013 T., 2012/15529 E., 2013/13100 K.: “...Davacı, davalının çalıştırdığı banka personeline güvenerek ve parasının daha iyi değerlendirileceği şeklindeki beyanına inanarak, davalı çalışanına boş imzalı dekontlar verdiğini ve bu dekontların üzerinin davalı tarafından ödeme yapılmış gibi doldurulduğunu, oysa bu dekontlardaki parayı tahsil etmediğini iddia etmiş ve mahkemece de davacının boş dekontları imzalaması ve hesap cüzdanını kontrol etmemesi nedeniyle kusurlu olduğu kabul edilip davacıya da kusur izafe edilerek karar verilmiştir. Ancak, 818 sayılı BK'nun 100. maddesi gereğince davalı banka, çalışanının kusurundan ötürü tamamen sorumlu olup, davacı söz konusu boş dekontları 3. bir şahsa değil de davalı çalışanına verdiğine göre, somut uyuşmazlıkta davalı bankanın BK'nun 100. maddesindeki sorumluluk koşulu gerçekleşmiştir. Bu durumda mahkemece davacıya kusur izafesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir...” (KİB).

²⁴² Şenocak, **Yardımcı**, s. 227 vd.; Zerres, **a.g.e.**, s. 333; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 318 vd.; ortak kusurun tazminattan indirimde sebep olması, hem maddi hem de manevi tazminat açısından uygulanabilecektir, Atlan, **a.g.e.**, s. 210.

²⁴³ Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 46: (D. 50, 17, 203).

hükümü gereğince de²⁴⁴, böyle bir durumda hakim, tazminatın indirilmesine ve hatta kaldırılmasına karar verebilecektir²⁴⁵. Zarar gören, hiç kimsenin önceki davranışlarına aykırı davranamayacağına ilişkin “*venire contra factum proprium*”²⁴⁶ genel bir hukuki görüşün paralelinde ve dürüstlük kuralının da ortaya koyduğu bir netice olarak, bu aktif ve pasif davranışlarına bizzat kendisinin yüklenmesi gerektiği ölçüde katlanacaktır²⁴⁷. Buradaki, zarar görenin kusurunun tazminata olan etkisinin, dürüstlük kuralına dayandığı, dürüstlük kuralına dayanmasının bir sonucu olarak da, hakimin zarar görenin kusurunu re’sen göz önüne alacağı belirtilmektedir²⁴⁸.

²⁴⁴ TBK md. 52 yanında, TTK md. 1261, 1446, 1471, 1475, 1479, KTK md. 86, HHY md. 25, BGB § 254, CCI art. 1227, ABGB § 1304, NBW art. 6:101, CISG art. 77, 80, gibi hükümlerin de zarar görenin kusurunu ele alan çeşitli ulusal ve uluslararası hükümler olarak ele alındıklarını ifade edebiliriz, inc. Baysal, **a.g.e.**, s. 417 vd.

²⁴⁵ İnc. Yarg. 4. HD, 13.03.1985 T., 1984/9973 E., 1985/2112 K.: “...Mahkeme, bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, belirtilen ve gerçekleşmiş 132.500 lira zararın tamamından davalıları sorumlu tutmuştur. Oysa tazminat kapsamının belirlenmesi hakime ait bir görevdir; hakim bu görevini yerine getirirken BK.nun 42-43, ve 44. maddelerde belirlenen kuralları somut olay içinde değerlendirmek zorundadır.

BK.nun 43. maddesinde, tazminatın “hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına” göre tayin edileceği kabul edilmiştir. Burada sözü geçen hal ve mevkiin icabı (halin özellikleri) ekonomik ve sosyal olgular içinde değerlendirilebilecek geniş yorumlu bir kavramdır. Burada, hakkaniyet esas alınarak zarardan bir miktar indirilmesinin gerekip gerekmediği hakimin takdirine (MK. m. 4) bırakılmıştır.

Diğer taraftan BK.nun 44. maddesi, hiçbir kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı yolundaki genel hukuk ilkesinin etkisiyle, müterafik kusur (... zarar görenin zarara razı olması-zararın meydana gelmesine veya zararın artmasına yardım etmesi gibi) sayılan belirli hal ve durumlarda “zarar ziyan miktarının indirilmesini” veya tamamen kaldırılmasını kabul etmiştir.

Olayın yukarıda anlatılan gerçekleşme biçimi gözetildiğinde; davacıların hayvanlarının vereceği zararlara karşı, daha iyi yaşam için umutla ve zor şartlar altında, yetiştirilen-meydana getirilen bahçenin korunması için alınan zehir atma önlemini ekonomik ve sosyal olgu olarak değerlendirmek gerekir. O halde davalının (mal canın yongasıdır) değişimiyle açıkladığı bu davranış, kuşkusuz sorumluluğu kaldırmaz ise de, indirim nedeni olarak gözetilmesi (BK. m. 43) hakkaniyete uygun düşer.

Davacıların hayvanlarının başkalarının mal ve canına zarar vermeyecek şekilde idare edilmesi gerekir. Başkasının mülküne girme izne ve belirli koşullara bağlıdır. Olayımızda davacılar, hayvanlarını davalıların taşınmazına sokmakla, en azından zararın meydana gelmesine yardımcı olmuşlardır. Bu davranış, BK.nun 44. maddesinde bir indirim sebebi olarak kabul edilen müterafik kusur niteliğindedir.

O halde mahkemenin olayın gerçekleşme biçimi içinde tarafların davranışlarının zarar kapsamına etkisini değerlendirmemesi usul ve yasaya aykırıdır...” (KİB).

²⁴⁶ Ayr. inc. Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 233; Baysal, **a.g.e.**, s. 29.

²⁴⁷ Zerres, **a.g.e.**, s. 333.

²⁴⁸ Baysal, **a.g.e.**, s. 29; ayr. YHGK, 12.06.1996 T., 1996/11-372 E., 1996/485 K.: “...Ne var ki

Diğer taraftan, alacaklının zararın doğmasına sebebiyet veren ve kusurlu kabul edilen davranışları yanında, zararın etkilerini azaltmak için aldığı ve almadığı önlemler de tazminatın belirlenmesinde etkili olacaktır²⁴⁹. Şöyle ki, yalnızca alacaklının zarara sebebiyet veren davranışları değil, örneğin, bir hastanın yanlış bir müdahale, tedavi gibi, vücudunda bulunan bir yarayı daha da kötüleştirecek etkilerde bulunması veya tam aksine olumlu müdahaleleri reddetmesi de, tazminatın indirilmesinde rol oynayacaktır²⁵⁰. Zira, yukarıda belirttiğimiz md. 52/1 hükmü ve md. 50/2'deki *“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”* hükmü, bu konuda açıkça yol gösterici konumdadır. Ancak, buradaki zarara sebebiyet vermeyi (ve kanundaki *“zarar görenin aldığı önlemler”* ifadesini), alacaklının her zaman zararı önleme konusunda bir önleme yükümlülüğünü üzerinde barındırdığı şeklinde düşünmemek gerekir. Zira, alacaklının (veya yardımcı kişilerinin) zararın doğmasını engellemek için baştan tüm önlemleri hazır bulundurması, kendini koruması gibi bir kural bulunmamaktadır²⁵¹. Dolayısıyla burada, alacaklı üzerindeki bir hukuksal zorunluluktan değil²⁵², bir külfetin varlığından bahsedebiliriz denilmektedir²⁵³; ki buna katılmaktayız.

Belirttiğimiz düşünceye paralel olarak örneğin, TBK md. 473/2'de²⁵⁴ iş

alacaklının mamelekindeki artmanın engellenmesi anlamında olan bu tazminatı belirlemek hâkime ait bir görevdir. BK.nun 98 /son fıkrası yolu ile sözleşmelerde de uygulanması gereken BK.nun 42. maddesi uyarınca, hakim zararın tutar ve kapsamını doğrudan doğruya (resen) araştırmak ve tesbit etmek zorundadır. Bu zararı tesbit ederken de halin mutad cereyanı yanında, zarar görenin zararın azaltılması ve çoğalmasının önlenmesi için aldığı veya alması gereken tedbirleri de gözönünde bulunduracak ve gerektiğinde BK.nun 44. maddesini uygulayacaktır...” (KİB).

²⁴⁹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 228; Baysal, **a.g.e.**, s. 42, ayrıca zararı artırmama külfeti ile zararı azaltma külfetinin ayırımına dair bakış açılarına ilişkin de ayrıntılı olarak, inc. **a.e.**, s. 40 vd.

²⁵⁰ Koller, **101**, s. 101.

²⁵¹ Koller, **101**, s. 101 ve dn. 288.

²⁵² Baysal, **a.g.e.**, s. 31.

²⁵³ Koller, **101**, s. 101 ve dn. 288; Baysal, **a.g.e.**, s. 30; ayr. bkz. Zerres, **a.g.e.**, s. 254.

²⁵⁴ *“Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye*

sahibinin işin ayıplı olacağını anlaması durumunda, bunu yükleniciye ihtar edebileceği ve duruma göre işi başkasına gördürebileceği hususu düzenlenmektedir. Burada her ne kadar iş sahibine, eserin tesliminden önce yükleniciye müdahale konusunda bir hak tanınmışsa da, eserin yüklenicinin işçileri veya herhangi bir nedenden dolayı sözleşmeye aykırı inşa edildiğini gören ve zararların farkına varan iş sahibinin olaya müdahil olmaması halinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında alacaklı veya yardımcıların, karşı kusurundan bahsetmek gerekir.

Zarar gören, daha büyük zararları önlemek maksadı ile, olay neticesinde zarara uğramamış malvarlığı değerlerine bizzat kendi fiilleri ile zarar veriyor olsa dahi, bu zarar kalemlerinin de borçlu tarafından karşılanması gerekebileceğini düşünmek gerekir. Örneğin, muavin veya sürücüsünün hatalı fiilleri sebebiyle kontrolden çıkarak devrilen bir taşıttan çıkabilmek ve yangın benzeri daha büyük zarar verici durumlardan kurtulabilmek maksadı ile, kendine ait taşınabilir bilgisayar veya herhangi başka bir şeyi kullanarak, taşıtın camını kıran ve bu şekilde dışarı çıkabilen yolcu, zararların artmasını engellemek için yaptığı bu kaçınılmaz fiiller nedeniyle ortaya çıkan (taşınabilir bilgisayarın kırılması gibi) zararlarını da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında talep edebilecektir. Burada yolcunun kendi taşınabilir bilgisayarını değil de, başkasınınkini aynı şekilde kullanması durumunda ise, ıztırar halinden bahsedebiliriz. Sonuç itibariyle, ortaya çıkan zararları karşılamakla yükümlü olan kişiler, haksız fiilleri ile otobüsün devrilmesine neden olan sürücü veya muavin gibi yardımcı kişiler ve bu kişileri yardımcı kişi olarak kullanan tüzel veya gerçek kişilerdir.

b. Alacaklının Yardımcısının Fiilleri

Zarar görenin kusuru ele alınırken, yalnızca alacaklının fiilleri ile sınırlı düşünmemek gerekir²⁵⁵. Bizzat alacaklının davranışları gibi, alacaklının yardımcı

verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.”.

²⁵⁵ Yargıtay kararlarında alacaklının yardımcıların da “ifa yardımcısı” olarak zikredilebildiğini eklemek gerekir., bkz. Yarg. 11. HD., 14.9.2017 T., 2016/7318 E., 2017/4380 K.: “...*Davalı şirket çalışanı ...'ın Mardin Cumhuriyet Başsavcılığı'ndaki 18/07/2013 tarihli ifadesinde davacı şirket*

kişilerinin zararı doğuran, artıran ve hatta artmasını engellemeyen davranışları da, tazminatın belirlenmesinde rol oynayacaktır²⁵⁶. Aynı şekilde Alman Medeni Kanunu'nun, zarara katkıda bulunan zarar görenin durumunun da tazminata etkili olacağına ilişkin 254. paragrafında²⁵⁷ da açıkça, BGB § 278'e atıf yapılmış ve bu hükmün yardımcı kişilerin sorumluluğunu düzenleyen madde bakımından da uygulanabileceği ifade edilmiştir²⁵⁸. Ayrıca, (bu madde hükmüne de atıf yapılmak suretiyle) alacaklının zararın doğmasında etkisi olması hali yanında, kendi etki alanında gerçekleşen yardımcı kişi fiillerinden dolayı da sorumlu olması, farklı olarak belirtilmektedir²⁵⁹; ki bu son bakış açısı, (kabulümüz aksine) alacaklının durumunu külfet sınırlarından çıkarıp bir hukuki yükümlülük noktasına getirecektir.

Örneğin, yüklenicinin alacaklının vereceği planlar dahilinde borcunu ifa edeceği bir olayda, alacaklının bizzat kendisinin veya yardımcılarının (mimar gibi²⁶⁰) hazırlamış olduğu hatalı projelerin borçlu tarafından yardımcı kişileri eliyle uygulanması neticesinde ortaya çıkan zararların değerlendirilmesinde, şüphesiz alacaklının vermiş olduğu bu hatalı proje de göz önünde bulundurulacak; yerine göre

tarafından teslim edilen bir koliyi teslim mahalline götürdüğü ancak teslim alacak kimse bulunmadığını, eşyayı bu mahalde bıraktığına dair beyanı dikkate alındığında eşyanın davalının çalışması (ifa yardımcısı) 'na teslim edildiği sabittir...' (LHBS).

²⁵⁶ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 159; Baysal, **a.g.e.**, s. 54; Şenocak, **Yardımcı**, s. 229; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 319; ABGB § 1304; OR art. 44.

²⁵⁷ *“Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.*

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.”

²⁵⁸ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 326 vd.; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 389; Aynı şekilde, ortak kusurun zarar verenin sorumlu olacağı tazminat miktarının indirilmesine sebebiyet verebileceğine ilişkin bu düzenlemelerin, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında da ele alınabileceğini ifade etmek gerekir. bkz. Looschelders, **Mitverantwortlichkeit**, s. 250 vd.; Koenigs, **a.g.e.**, s. 22 vd.

²⁵⁹ Bkz. Fischer, **a.g.e.**, s. 36-37.

²⁶⁰ Mimarların, yardımcı kişi olarak ele alınmasına ilişkin olarak ayr. bkz. Hirsch, **a.g.e.**, Pn. 433.

indirim veya tamamen sorumsuzluğa hükmedilebilecektir²⁶¹. Hatta bazı hallerde bu verdiğimiz örnek farklı bir boyut kazanabilir. Örneğin, proje işlerinin iş (arsa) sahibi tarafından yapılacağı kabul edilen bir somut olayda, yükleniciye icra ettirilen projenin hatalı noktalanmış olmasında, alacaklı veya mimar/mühendis gibi yardımcılarının fiillerinin sebebiyet vermesi neticesinde, yüklenicinin sorumluluğunun azalması veya kalkması yanında, alacaklının doğrudan sorumluluğu da söz konusu olabilir. Şöyle ki, yüklenicinin yaptığı işin karşılığını yine bu yapılan inşaattan bağımsız bölüm veya bölümler olarak elde edeceği bir örnekte, projenin hatalı icrasından değil, fakat çizilmesinden dolayı alacaklı doğrudan da sorumlu olabilecektir. Gerçi bu durumda somut olayda elbette yüklenicinin de konumu gereği işi araştırması gerektiği iddia edilebilir ve dolayısıyla onun kusuru da yine iş sahibinin ödeyeceği tazminattan düşürülebilir; ancak verdiğimiz örneğin, bir teorik çerçeve çiziyor olduğu düşüncesindeyiz.

Bir başka örnekte ise; ev sahibi bir kişinin, evinin mutfağında yaptırmak istediği bir yenileme işinde, yenileme işini yapan kişinin veya yardımcılarının birisinin kullandığı matkabın kısa devreye ve yangına sebebiyet verdiği bir olayda, daha sonradan (itfaiyenin yangın raporuna göre) bu yangına ev sahibinin hizmetçisinin verdiği bozuk uzatma kablusunun sebebiyet verdiği anlaşıldığında, burada ev sahibinin hizmetçisinin kusurlu davranışının, TBK md. 116 kıyasen uygulanmak suretiyle, iş sahibine isnat edileceği ve tazminattan indirimle gidileceği ifade edilebilmektedir²⁶². Somut olayın şartlarına göre yapılacak değerlendirmeler farklılaşabilecek olmakla birlikte, olaydaki zarar görenin veya zarar görenin yardımcı kişinin davranışının illiyet bağıını keser derecede olması halinde ise, zarar verenin sorumluluğundan bahsedilemeyeceğini hatırlatmak gerekir.

Zararın doğumunda veya artmasında rol oynayabilecek davranışlar ifa yardımcılarına ait olabileceği gibi, borç ilişkisindeki bir hakkı kullanan kullanma

²⁶¹ Koller, **101**, s. 102; Şenocak, **Yardımcı**, s. 229 vd.; BGE 95 II 43 (53).

²⁶² Baysal, **a.g.e.**, s. 54 vd.

yardımcılarına da ait olabilecektir²⁶³. Bu hususu da yine yukarıdaki örnekten yola çıkarak açıklayabiliriz. Şöyle ki, bir iş sahibi, eser sözleşmesinde yükleniciye talimat verme hakkına sahiptir ve bu hakkını (mimar, mühendis gibi) kendi çalışanları eliyle kullandığında, bunların verdikleri talimatlardan dolayı ortaya çıkan zararlardan indirim uygulanabilecektir²⁶⁴. Hatta buna ilişkin özel bir hüküm ihtiva eden TBK md. 476'da²⁶⁵ da, mevcut aykırılıkların iş sahibinin talimatlarından kaynaklanması halinde, iş sahibi ayıba ilişkin (ve dolayısıyla da genel hükümlere ilişkin) haklarını kullanamayacaktır. Gerçi burada esasen hakkın doğmuş olup olmadığı veya ihtarın gerekliliği gibi hususlar tartışma konusu yapılabilecek gibi görünse de, bu hususlar özel başka bir hükmün değerlendirmesine girdiği için, konudan sapmamak adına bu değerlendirmelere girmemeyi tercih ediyoruz.

Örneğin, bir iş yerinin, fabrikanın, bir villanın iç veya dış restorasyon, bakım ve sair uygulamalarından birisini yapmak üzere bununla ilgili iş icra eden bir firmaya başvurulduğunda ve firma çalışanlarının çalışma sahalarında iş sahibinin görevlendireceği iç mimar, mühendis (veya herhangi bir uzman sıfatı olmayan) gibi bir kişinin talimatlarının takip edilmesi konusunda anlaşmaya varıldığında, bu kişilerin sırf talimatlara uydukları durumlarda ortaya çıkan zararlardan dolayı firmanın sorumluluğu, yukarıda ifade ettiğimiz hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak bu ifadeden, talimatlarına uyulacak kişilerin alacaklarının

²⁶³ Doğrudan konumuza örnek teşkil etmemekle birlikte, üçüncü kişilerin de borçlunun sorumluluğunu paylaştığı dikkat çekici bir Yargıtay kararını ise, dipnot mahiyetinde zikretmek gerekirse, bkz. Yarg. 11. HD, 11.17.2008 T., 2007/9143 E., 2008/12908 K.: “...*Davalı vekili, davacılar M...’nın MTV ödemelerinin yapıldığı hesabın sahibi veya aracın maliki olmadığını, ödemekle mükellef olunan vergi tutarı konusunda bilgi sahibi olunması gerektiğini, aracın ruhsat ibraz edilmeksizin araç bilgilerinin davacı tarafın sözlü beyanına göre ekrana girilmesi nedeni ile müvekkili Bankanın hiçbir kusurunun bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.*

*Mahkemece toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda , dava konusu olayda tarafların %50’şer oranında kusurlu oldukları gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne 7.869.50 YTL’nin ödeme tarihi olan 17.01.2005 tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir...” (KİB); Kararda motorlu taşıtlar vergisi’nin eksik tahsil edildiği bir olayda araç sahibi ve onunla birlikte bu işleme aracılık etmekte olan bankanın müterafik olarak kusurlu olduklarına değinilmiştir, Günay, **a.g.e.**, s. 261.*

²⁶⁴ Koller, **101**, s. 102; hatta böyle bir örnekte, somut olaya göre, tazminata hükmedilmeyebilecektir.

²⁶⁵ “*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*”.

yardımcısı olması durumunda, her ihtimalde borçlunun sorumluluğunun kalktığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Dolayısıyla, (X) maddesiyle kaplanması gereken zemin, alacaklı tarafından görevlendirilen kişinin talimatı doğrultusunda (Z) maddesiyle kaplanmışsa, burada borçlu sorumlu olmayacakken; yine (Z) maddesiyle kaplanmasına rağmen sigara içerken bu kaplamayı yakan veya tecrübesizliği sebebiyle işi beceremeyen işçiden dolayı ise elbette borçlu sorumlu tutulabilecektir.

Yine somut bir örneği ise Roma hukuku uygulamalarından yola çıkarak verebiliriz. Örneğin; geri verilmesi için bir üçüncü kişiye teslim edilen ariyet²⁶⁶ konusu şeyin çalınmasından dolayı sorumluluğun, ikili bir ayrıma tabi tutularak değerlendirildiği görülecektir. Buna göre, ariyet verilen şeyin maliki, o şeyin hem geri verilmesini istemek, hem de teslim alması için bir kişiyi göndermiş ve ariyet konusu şey bu kişiye teslim edildikten sonra çalınmış ise zarara ariyet konusunu teslim almak için yardımcı kişisini gönderen taraf, yani alacaklı katlanacak iken; bu yardımcı kişinin sadece haberci olarak kullanılmasına (yani alacaklının ariyet konusu şeyin bu yardımcıya teslim edilmesini istememiş ve emretmemiş olmasına) rağmen borçlunun şeyi bu kişiye vermesi ve bu kişinin de kaçması halinde, sorumluluk borçluda olacaktır²⁶⁷.

Kanaatimizce de (yukarıdaki Roma hukuku metnine ilişkin olarak) borçlunun sözleşmeden doğan teslim borcunun ifasında güvendiği ve kullandığı kişinin verdiği zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gitmek gerekir. Zira, alacaklı çeşitli sebeplerden dolayı, (her ne kadar bu kişi kendi yardımcısı olsa da) bu kişinin yardımcı kişi olmasını istemeyebileceği gibi; bu kişi alacaklının kullandığı herhangi bir iş bakımından doğru kişi olsa da, somut olaydaki görevi ifa noktasında doğru kişi olmayabilir. Dolayısıyla sırf alacaklı ile zararı veren yardımcı kişi arasında hizmet sözleşmesi var diye, borçluyu bu kişiyi kullanmasından doğan zararlardan sorumlu tutmamak doğru olmaz. Ancak, söz konusu yardımcı kişinin

²⁶⁶ İnc. TBK md. 379 vd.

²⁶⁷ Bkz.: Güven, **a.g.e.**, s. 124; “D. 13, 6, 12, pr. -1 (Ulpianus librovicensimo nono ad Sabinum) si mei causa, dolum tantum. Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat, domino perit : si commonendi causa miserat ut referretur res commodata, ei qui commodatus est.”.

ifade kullanılması alacaklı tarafından emredilmiş ise, bu halde doğacak zararların borçluya değil, alacaklıya ait olması uygun olur. Zira bu ihtimalde hangi yardımcı kişinin kullanılacağına ilişkin irade de borçludan değil, bizzat alacaklının kendisinden doğmaktadır. Diğer taraftan, somut olaydaki zararın, borçlunun verdiği talimatlardan, araçlardan veya organizasyon çevresinden kaynaklandığı hallerde ise borçlu, yardımcı kişinin seçiminin alacaklı tarafından yapıldığını ileri süremeyecek ve bizzat kendi kusuru vesilesiyle sorumlu tutulabilecektir.

Örneği biraz daha farklı bir hale de getirebiliriz. Şöyle ki, alacaklının ariyet konusu şeyin teslim alınması için bir kişiyi görevlendirdiğini ve borçluya, ariyet konusu şeyi bir araçla gönderirken, ayrıca bu kişiye teslim etmesi gerektiğini söylediğini düşünelim. Borçlu ise şeyi teslim etmek için yardımcılarında birini ve bir aracını tahsis edip kendi ve alacaklının yardımcısını, teslim için yola çıkarmış olsun. Yolda bu iki kişinin anlaşıp şeyi çaldıkları, mola verdikleri bir yerde hiç önlem almadan uyuyup malı çaldırdıkları veya aracın içerisinde beraber sigara, alkol vs. tüketirken çıkardıkları yangında araçtaki şeyi yaktıkları ihtimallerde, şeyin gördüğü zararın tazmini bakımından ise hem alacaklının hem de borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinin etkisi, yukarıda ele aldığımız genel prensipler doğrultusunda birlikte değerlendirilmelidir²⁶⁸. Ayrıca böyle bir örnekte, borçlunun şoförünün hiçbir kusuru olmadığı bir durumda, aracın alacaklının yardımcısının kusuru sonucunda yanması gibi bir ihtimalde, borçlu sorumlu olmamakla birlikte, zarar gören de olabilecektir. Bu durumda alacaklı olarak ifade ettiğimiz taraf, yardımcı kişinin verdiği zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

Yine örneğin, bir otelin müşterisinin, arabasını otelin garajına park ettiğini ve otel sahibinin çalışanlarından birisinin bu arabayı çaldığını düşünelim²⁶⁹. Esasen otel işletmesi, bu aracın korunması bakımından da, alacaklı müşteriye karşı, sözleşmedeki kusurlu fiilleri neticesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı, genel

²⁶⁸ Aynı değerlendirmeye sahip farklı örnekler için ayr. bkz. Nomer, **Tazminat**, s. 121 vd.

²⁶⁹ Bkz.: Alfred Koller, “Die Haftung des Gastwirts”, **Recht: Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis**, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, s. 235.

hükümler uyarınca sorumlu olacaktır²⁷⁰. Bunun yanında, bu aracın çalınması olayında (her ne kadar asıl sözleşme konaklama sözleşmesi ve haksız fiili gerçekleştiren (çalın) kişi bu işle görevli (olsa veya) olmasa da) otel işletmecisi, bu yardımcısının fiillerinden (yardımcıların almaları gereken önlemleri almamaları gibi pasif veya yapmamaları gereken fiilleri yapmaları gibi aktif davranışlarından) dolayı, (OR art. 101 – TBK md. 116) sorumlu olabilecektir²⁷¹. Ancak bu durumda özel hüküm teşkil eden TBK md. 576²⁷² ve 579²⁷³ hükümleri incelendiğinde, sayılan sair hallerde işletme sahiplerinin sorumluluktan kurtulabilme durumları açıkça ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, mağdurun mevcut zararın ortaya çıkmasındaki kusurunun, fail olarak ele alınan kişinin fiilleri ile netice arasındaki illiyet bağıını ortadan kaldırdığı durumlarda ise müterafik kusurdan bahsedilmemesi gerekeceği ifade edilmektedir²⁷⁴; ki bu gibi bir durumda, yardımcı kişilerin hizmetinden yararlanan tarafın sorumluluğunun ortadan kalkabileceğini de ekleyebiliriz.

c. Kanuni Temsilcilerin Fiilleri

Son olarak, kısaca değinmemiz gereken bir diğer husus ise, kanuni temsilcinin dahil olduğu bir üçlü ilişki durumudur²⁷⁵.

²⁷⁰ Garaj sahibinin sorumluluğuna ilişkin bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 85.

²⁷¹ Koller, **Gastwirts**, s. 235.

²⁷² “Otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar...”; Aynı şekilde, buradaki hukuki sorumluluğun Roma hukukundaki karşılığı için de ayr. bkz.: Akıncı, **a.g.e.**, s. 217 vd.

²⁷³ “Garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler, kendilerine bırakılan veya çalışanlarınca kabul edilen hayvan, at arabası, bunlara ait koşum ve benzeri eşya ile motorlu taşıt ve eklentilerinin yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın saklatan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluktan kurtulurlar...”.

²⁷⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 319.

²⁷⁵ İnc. Baysal, **a.g.e.**, s. 60 vd.

Yukarıda Alman Medeni Kanunu kapsamında kanuni temsilcilerin de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verecek kişiler kapsamında düzenlendiğini, bunun düzenlemediği İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinden ise bir görüş olarak, kanuni temsilcilerin fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilmesi gerektiğinin ele alındığını, ancak üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz çeşitli nedenlerden dolayı, kanuni temsilcinin fiillerinin temsil edilene yüklenmesinin TBK md. 116 kapsamında değerlendirilmemesinin uygun olacağını belirtmiş idik. Bu noktada, bir borç ilişkisinde yardımcı kişi kullanan borçlunun, temsil edilen bir kişiye yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde zarar verdiği bir ihtimalde, zarara uğrayan temsil olunanın kanuni temsilcinin zararın artmaması için alabileceği ve alması gereken önlemleri almaması halinde nasıl hareket edilmelidir, sorusu cevaplanmalıdır.

Kanaatimizce, böyle bir durumda daha fazla korunmaya değer olanlar, temsil edilen (zarar gören alacaklı) ve borçlu (yardımcı kişisi zarara sebebiyet veren) olmalıdır. Öyle ki, borçlunun yardımcı kişisinin verdiği bir zararı önleyebilecek olmasına rağmen önlemeyen veya artmasına sebebiyet veren, alacaklının kanuni temsilcisinin bu (aktif-pasif) davranışları, borçluya yüklenmemeli ve tazminatta indirim olmalı iken; yine kanuni temsilcisinin alması gereken önlemleri almaması nedeniyle zarar gören temsil edilenin bu (borçludan tahsil edilemeyen) artma teşkil eden zarar kalemlerini ise kanuni temsilciden istemesi uygun olacaktır. Özetle, kabaca bir hesapla, 10.000 TL lik maddi bir zarar sırf zarar görenin kanuni temsilcisi alması gereken önlemleri almamış veya bir şekilde ona yüklenebilen sebepler ile zarar artmış ve 20.000 TL olmuş ise, zarara sebebiyet veren yardımcı kişiyi kullanan borçlu, ancak 10.000 TL’lik kısımdan sorumlu olmalıdır.

Dolayısıyla, her ne kadar kanuni temsilcinin fiillerinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini ifade ediyor olsak da, buradaki gibi kanuni temsilcinin zararı artıran veya artmasını önlemeyen kusurlu fiillerinden dolayı ortaya çıkan farka ise zarar veren değil, temsil edilen ve iç ilişkide kanuni temsilci katlanmalıdır.

4. Diğer Haller

Yukarıda saydığımız hususlar dışında kısaca, genel olarak sorumsuzluğa veya indirime sebebiyet veren hallerin de, tazminatın değerlendirilmesinde göz önüne alınabilecek hususlar olduklarını belirtmek gerekir.

Buna göre örneğin, illiyet bağıını kesen sebeplerin varlığı²⁷⁶, zarar görenin rızası²⁷⁷, hafif kusuru bulunan tazminat yükümlüsünün zararı karşılaması halinde yoksulluğa düşecek olması²⁷⁸, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşmasının bulunması, yapılan işte borçlunun menfaatinin bulunmaması²⁷⁹ gibi genel kuralların da, tazminata hükmedilip hükmedilmemesinde ve sınırlarının belirlenmesinde etkili olacağını kısaca ifade etmek gerekir²⁸⁰.

²⁷⁶ Ayr. ortak kusur bağlamında inc. YHGK, 17.03.2010 T., 2010/4-130 E., 2010/161 K.: “...Ortak kusurun varlığı halinde, hakim, ortak kusurun tazminata etkisini başka bir anlatımla bunun “bir tenkis sebebi” mi, yoksa zarar ziyan hükmünden tamamen sarfınazar edilebilecek bir sebep mi olduğunu takdir edecektir. Hakim bu yolda takdir hakkını kullanırken hak ve adalete uygun sonuca varacak bir yol izlemelidir. Bunun için de, her şeyden evvel, maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. Türk pozitif hukukunda Borçlar Kanunu'nun 44/1. maddesinin (hiç bir kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bu ilke hak ve adalet düşüncesine de (M.K. md. 2) uygun düşmektedir. Zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise bu zarar başkasına yüklenmemeli, payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tespit edilmelidir (Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku sh. 319; Oser Schönerberger, Borçlar Hukuku, Adalet Bakanlığı yayını, Recai Seçkin çevirisi sh. 409).

Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; gerçek amacın ortak kusur halinde zararın bu kusura isabet payının indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise, istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir (Oser Schönerberger, sh. 411). İşte maddenin belirlenen bu amacı altında bir değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olay içindeki ortak kusurlu davranışlarının nedeni, çeşidi (kast-ihmal) ve zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucu olayda ortak kusurun etki ağırlığı o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağıını) tamamen kesmemekle beraber, ikinci plana itsin; istisnai amaç (tazminat hükmünden tamamen sarfınazar edilmesi) hak ve adalete uygun hale gelsin.

Genellikle haksız fiilin kasten işlenmesi hallerinde; zarara etki ve ağırlığı ne olursa olsun ortak kusur, tazminattan tamamen sarfınazar edilmesini gerektirmemektedir. Zira, zarar verenin kasti bir davranışının sonucu, meydana gelen zarardaki payını ikinci plana atabilecek, bir ortak kusurlu davranış olarak kabulü hak ve adalet duygularına uygun düşmeyecektir...” (KİB).

²⁷⁷ İnc. Çelik, **a.g.e.**, s. 250 vd.

²⁷⁸ Çelik, **a.g.e.**, s. 255 vd.

²⁷⁹ Gmür, **a.g.e.**, s. 172.

²⁸⁰ Şenocak, **Yardımcı**, s. 225; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıop, **a.g.e.**, s. 590 vd.; yine manevi tazminat bakımından da, zarar görenin ortak kusuru yanında, zararı veren ile zarar gören

Örneğin, yardımcı kişinin bir haksız fiili neticesinde zarara uğrayan alacaklı, bu haksız fiilden doğan zararları tazmin ederken, varsa elde ettiği yararların da indirime tabi tutulması gerekecektir²⁸¹. Bu hususta, zararların varlığını ispatla mükellef olan alacaklı (haksız fiilden zarar gören) taraf iken²⁸², zarara uğrayan alacaklının elde ettiği menfaatleri ispat etmesi gereken ise zarar veren taraf olacaktır²⁸³. Roma hukukunda da “*Compensatio Lucri cum damnu*” olarak adlandırılan bu kurum, “*yararların mahsubu*” veya “*denkleştirme*” olarak ifade edilmektedir²⁸⁴. Buna göre örneğin, verilen zarar neticesinde alacaklının binası yıkıldığında, yıkılan binanın enkazının alacaklıya kalacak olmasının denkleştirmeye²⁸⁵ tabi tutulacak bir değer olduğu belirtilmekle birlikte, denkleştirme için ortaya çıkan yarar ile haksız fiil (veya borcun gereği gibi yerine getirilmemesi) anlamında da kabul edilebilir uygun bir nedensellik bağı olması gerektiği ifade

arasındaki kişisel ilişki, zarar görenin yapısal olarak daha ağır zarar görebilecek kişilik durumu, zararın hatır işinden doğması, af gibi durumların, tazminatın indirilmesine sebebiyet verebilecek diğer haller olarak ele alınabildiğini belirtebiliriz, bkz. Atlan, **a.g.e.**, s. 217 vd.

²⁸¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 86, Pn. 256; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 586 vd.; Karahasan, **Sözleşme**, s. 304; Yarg. 6. HD, 07.06.2016 T., 2016/1481 E., 2016/4442 K.: “...Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında kural olarak gerçek zarar ilkesi geçerlidir. Zarar gören ancak haksız fiil sebebiyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebilir. Haksız fiillerde haksız fiil failinin sorumlu tutulacağı bedelin belirlenmesinde, haksız fiil sebebiyle davacı tarafın elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği yada yapmaktan kurtulduğu giderlerin zarardan düşülerek denkleştirme yapılması ve belirlenecek gerçek zarara hükmedilmesi gerekir. Aynı zamanda haksız fiil sebebiyle tazminat istemleri olay tarihine göre değerlendirilmelidir.

Somut olaya gelince; davacı taraf, kendisinin ruhsat sahibi olduğu alanda davalı tarafından haksız olarak çıkartılan kömür sebebiyle zarara uğradığını öne sürmüştür. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davalı tarafından çıkartılan kömür miktarı ve kömürün davacının işletme ruhsatı aldığı tarihteki piyasa satış fiyatı esas alınarak hesaplama yapılmış, kömürün çıkarılması için yapılması gereken giderler belirlenip, kömürün satışından elde edilen ve zararı oluşturan bedelden düşülmemiş, denkleştirme yapılmamıştır. Denetime elverişli olmayacak şekilde, soyut olarak belirlenen zaiyat ve masraflar satış fiyatından mahsup edilmiştir. Bu yönüyle bilirkişi raporu hüküm vermeye elverişli değildir. Bu sebeple Mahkemece, haksız fiil tarihi itibarıyla zararın hesaplanması, gerçek zarar ilkesine uygun şekilde tazminat miktarının belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Öte yandan, davaya konu asıl alacağın kaynağı haksız eyleme dayalı maddi tazminat istemine dair olup taraflar ticari bir ilişki içinde bulunmamaktadır. Haksız eyleme dayanan davalarda yürütülecek faiz yasal faizdir. Mahkemece, bu husus göz ardı edilerek ticari faize hükmedilmesi de doğru görülmemiştir. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır...” (KİB).

²⁸² Bucher, **a.g.e.**, s. 346; Çelik, **a.g.e.**, s. 210; İmre, **a.g.e.**, s. 10.

²⁸³ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 86, Pn. 256; Çelik, **a.g.e.**, s. 239.

²⁸⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 89 ve dn. 262; bkz. Topuz, **Maddi Zarar**, s. 275 vd.; Avcı Braun, **a.g.e.**, s. 44; Çelik, **a.g.e.**, s. 234 vd.

²⁸⁵ “*Ausgleich von Vermögensschäden*”, Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 292 vd.

edilmektedir²⁸⁶; ki yıkılan binanın enkazını kaldırırken binanın altında bir hazine bulunması gibi bir durumda, buna ilişkin olarak herhangi bir indirim, denkleştirme uygulanmayacaktır²⁸⁷. Tazminat davasında zararın varlığı ve boyutunun ispatı davacı üzerinde iken, elde edilen yararların ispatı (ve uygun bağlantı) ise dolayısıyla davalı üzerinde olacaktır²⁸⁸.

Diğer taraftan, TBK md. 52/2'deki açık hüküm dolayısıyla, somut olayda zarar verenin, zarar doğuran eylemlerinin hafif kusur etkisiyle meydana geldiği bir durumda ve tazminatın da yükümlüyü yoksulluğa düşürebilecek olması ve tüm bunların hakkaniyet bakımından da bir gereklilik oluşturması halinde, tazminattan indirim yapılabilecektir²⁸⁹. Buradaki hakkaniyetin gerektirmesi kıstası önemlidir. Şöyle ki, her ne kadar somut olayda zarar veren hafif kusurlu ve yoksulluğa düşebilecek olsa da, yoksulluk kriteri mağdur için de geçerli olabilir. Bu durumda, mağdurun da yoksulluğa düşecek olması indirime engel olabilecektir

²⁸⁶ Çelik, **a.g.e.**, s. 236; Karahasan, **Sözleşme**, s. 304.

²⁸⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 90 ve dn. 266; ayr. Yarg. 7. HD, 25.05.2010 T., 2010/1204 E., 2010/3136 K.: “...Bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile zarar verici olay meydana gelme idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararlar zarar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararın belirlenmesi gerekir.

Toplanan delillerden davalının yaptığı çalışma sırasında davacı kuruma ait beton pano ve üzerindeki demir parmaklıklardan oluşan memba alanı duvarının yıkılarak zarar görmesine sebep olduğu anlaşılmaktadır. Davacı taraf görülen dava ile duvarın aynı yerde yeniden tesis bedelini davalıdan istemiştir. Yukarıda açıklanan gerçek zarar ilkesine göre davacı tarafın zarar gören duvarın eski haline getirilmesi için gereken onarım bedelini isteyebileceği, bu durumda da eski hat ile yeni hat bedeli arasındaki eski yeni farkının hesaplanacak bedelden düşülmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece benimsenen bilirkişi kurulu raporunda zarar gören duvarın eski-yeni farkı düşülerek denkleştirme yapılmamış, mahkemece de bilirkişi raporu benimsenerek hüküm verilmiştir. Eksik araştırma ve soruşturma ile ve yetersiz bilirkişi kurulu raporu benimsenerek hüküm verilemez...”; Yarg. 3. HD, 26.10.2011 T., 2011/16142 E., 2011/16500 K.: “...Bilirkişi raporunda oto korkuluğunu oluşturan parçaların bedelleri ile montajı için gereken işçilik bedeli toplamı 3.902,09 TL olarak belirlenmiştir. Raporda zarar gören oto korkuluğunu oluşturan emtiyanın hurda değeri olup olmadığı hususunda bir değerlendirilme yapılmamıştır. Davalının itiraz dilekçesinde de bu hususa değinilmiş olup mahkemece bu yönde bir rapor alınmamıştır. Hasar gören bu parçaların hurda değerinin bulunması halinde zararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince belirlenen zarardan indirilmesi gerekirken eksik inceleme sonucunda karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...” (KİB).

²⁸⁸ Avcı Braun, **a.g.e.**, s. 55; Çelik, **a.g.e.**, s. 239.

²⁸⁹ “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir...”.

denilmektedir²⁹⁰, ki buna katılmaktayız.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında yoksulluğa düşecek olma kriterini ise şu şekilde değerlendirmekteyiz: Somut olayda (TBK md. 51/1'deki hafif kusurun etkisine ilişkin yaptığımız açıklamalardan farklı olarak) yardımcı kişinin, gerek kendi fiilinden ötürü alacaklıya karşı sorumluluk kapsamında, gerek borçluyla iç ilişkideki rücu hesaplaşması kapsamında, yoksulluk kriterine doğrudan tabi olmasını; buna karşılık borçlunun ise ancak yardımcı kişinin hafif kusurlu olduğu bir olayda kendisinin de hafif kusurlu sayılacak olduğunu ispat ederek (ve elbette yoksulluk şartını sağlayarak) indirimi talep edebileceğini düşünmekteyiz. Kısacası borçlu, yalnızca hem yardımcısının, hem kendisinin (farazi) hafif kusurlu olduğu ve buna ek olarak kendisinin yoksulluğa düşecek olduğu durumlarda (hakkaniyet de izin veriyorsa) bu hükümden yararlanabilecektir. Yine yukarıda belirttiklerimize paralel olarak burada da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak olan ve tam tazminat ödeyen borçlunun, somut olayda hafif kusurlu addedilen ve yoksulluğa düşecek varsayılan yardımcıya karşı rücusunda da, aynı değerlendirme yapılmalı ve rücu indirimli tazminat üzerinden gerçekleştirilmelidir.

Yine Yargıtay'ın, hakkaniyet indirimi olarak adlandırılan bir indirim uygulaması olduğu ifade edilmektedir²⁹¹. Ancak, kanun koyucunun, hakkaniyet düşüncesiyle indirim yapılabilmesi sorununa yasaklayıcı bir şekilde yaklaştığı hususu, TBK md. 55 hükmü gösterilerek ifade edilmektedir²⁹². Bahsi geçen hükümde açıkça “...*Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile*

²⁹⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 118, Pn. 365 ve dn. 380.

²⁹¹ M. Murat İnceoğlu/Meliha Sermin Paksoy, “Bedensel Zararlarda Ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m. 55)”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 1391; Örn. Yarg. 21. HD, 03.10.2002 T., 2002/7387 E., 2002/7995 K.: “...*Dava, önceki davada tespit edilen bakiye maddi tazminat istemine ilişkindir. Bu tür davalarda tarafların hal ve mevkiine, işverenin tazminatın miktarına borçlunun müzayakaya düşüp düşmeyeceği de nazara alınarak BK.'nın 43. ve 44. maddelerinin koşulları gözönünde tutularak bir indirim yapılması gerekir.*

Somut olayda, meydana gelen iş kazasında eş için belirlenen tazminat miktarı; kazanın tarihi, İşverenlerin içinde bulunduğu ekonomik koşullar nazara alındığında BK.'nın 43. maddesi gereği belirlenen tazminattan bir indirim yapılması gerektiği açıktır...” (KİB).

²⁹² İnceoğlu/Paksoy, **a.g.e.**, s. 1392; Çelik, **a.g.e.**, s. 260 vd.

artırılamaz veya azaltılamaz...” ifadesi yer almaktadır²⁹³. Ancak, gerek TBK md. 50’deki “...Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” hükmü, gerek TMK md. 4’teki “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” hükmü değerlendirildiğinde²⁹⁴, hakkaniyete göre belirleme imkanının kaldırılmasının bu hükümler ile bir arada çelişki arz eder bir yapıyı ortaya koyduğu hususuna da değinilmektedir²⁹⁵.

Bir önceki başlık altında, ortak kusurun tazminatın indirilmesine olan etkisi ele alınmış olmakla beraber, doğrudan bir haksız fiile maruz kalanlar dışındaki kişilerin de, (bu durum kendilerinden kaynaklanmamakla birlikte) tazminat taleplerinde mecburi indirimle karşılaşabilme ihtimalleri doğabilir. Örneğin, destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunan kişinin, desteğinden yoksun kaldığı kişinin de somut olayda kusurlu olduğu iddiasıyla karşılaşması ve bunun neticesinde de tazminattan indirim yapılması ihtimali, Yargıtay²⁹⁶ uygulamasında da

²⁹³ Ayrıca, kavram olarak hakkaniyet düşüncesinin, tek başına hukuki bir belirleyici olarak görülmesi yerine, somut ilkeler üzerinden hareket edilmesi çerçevesinde bkz. YİBK, 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K.: “...Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz`ın da ifade ettikleri gibi, Medeni Kanunun 2. maddesinin tatbikinde çok ihtiyatlı ve basiretli olmak icabeder... Hüsnüniyet ve hakkın suistimali kat`i surette tarifî mümkün olan mefhumlar olmayıp, müphem ve geniş bir mahiyet arzeden mefhumlardır. Roma hukukunun doğumundan beri geçen ikibin seneden fazla bir zamandaki tekamülün neticesi olarak bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel hususi hukukun manası hukuki meseleleri sarîh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat`i ve açık prensiplerle halletmektir... Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar (Bkz. Schwarz, Medeni Hukuka Giriş, s. 197-198; Oğuzman Medeni Hukuk Dersleri, Giriş - Kaynaklar - Genel Kavramlar, İstanbul 1975 Sh. 184 dipn. 80)...” (KİB).

²⁹⁴ Ayr. bkz. HMK md. 282: “Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir”.

²⁹⁵ İncoğlu/Paksoy, **a.g.e.**, s. 1393 vd.

²⁹⁶ Örn. bkz. Yarg. 17. HD, 06.04.2017 T., 2016/15789 E., 2017/3819 K.: “...Dava, ölümlü trafik kazası nedeniyle, ölenin yakınının destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Kaza tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "tazminatın belirlenmesi" başlıklı 51. maddesinde; hakim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyeceği belirtilmiş; "Tazminatın indirilmesi" başlıklı 52. maddesinde ise; zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebileceği ya da tamamen kaldırabileceği açıklanmıştır.

görülebileceği üzere bakidir.

Bunların dışında, zarara sebebiyet veren fiillerin, maddi bir menfaat karşılığında olmayarak, örneğin hatır²⁹⁷ için yapılıyor olması²⁹⁸, failin veya failin hizmetine başvuran borçlunun zararın doğmasını önlemek adına oldukça kapsamlı önlemler almış olması²⁹⁹, zararın artmasında engellenemeyen üçüncü etkenlerin devreye girmesi, mağdurun (alacaklı veya onunla birlikte zarara uğrayanların) zarar verici fiiller karşısında normalden daha fazla etkilenecek yatkınlıklarının bulunması³⁰⁰, üçüncü kişinin eklenen bir fiilin bulunması gibi³⁰¹ hallerde de, hem failin hem de failin hizmetine başvuran yardımcı kişi kullananın tazminat yükümlülüğünün azalması söz konusu olabilecektir³⁰².

Somut olayda; davacının desteğinin, davalının sigortaladığı araç sürücüsü ... sevk ve idaresindeki araçta yolcu olduğu, D... Devlet Hastanesi tarafından düzenlenen rapora göre, davalı sürücünün kazadan sonra yapılan ölçümde 2,00 promil alkollü olduğu, ceza soruşturmasında, davacının beyanı ile de sürücü ve desteğin alkollü oldukları, davalı sürücüsünün direksiyon hakimiyetini kaybetmesi sebebiyle kazanın gerçekleştiği, davacı desteğinin alkollü sürücünün aracına binmekle müterafik kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, TBK'nın 52. madde uyarınca maddi tazminattan makul oranda hakkaniyete uygun indirim gerekip gerekmediğinin irdelenip tartışılması ve müterafik kusur indirimi yapılması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." (KİB).

²⁹⁷ Hatır işlemi kavramının ise, tarafları yükümlülük altına sokmayan, borç doğurmayan, elde edilen edimler bakımından sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyen, ancak hukuki sonuç doğuran, bu itibar ile de hukuki işlem niteliğine sahip olan işlemleri ortaya koyduğu ifade edilmiştir., bkz. Nomer, **Tazminat**, s. 161.

²⁹⁸ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 327, hatır için, ücret karşılığı olmaksızın, bir kişinin bir otomobil veya otobüs ile taşınması durumunu, buna örnek verebiliriz. Daha somut olarak, ticari veya özel taksisine veyahut toplu taşıma aracına aldığı tanıdığını ücretsiz olarak bir yere bırakmak isterken yaptığı kazada, bu yolcunun yaralanması durumu örnek verilebilir; Nomer, **Tazminat**, s. 160 vd.

²⁹⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 327.

³⁰⁰ Nomer, **Tazminat**, s. 143 vd.; Örneğin, somut olaydaki fiil neticesinde normal bir insanın hafif bir yaralanmasının söz konusu olacağı bir durumda, mağdurun hemofili veya herhangi bir başka bilinmeyen hastalığı sebebiyle, fiilin etkisinin artarak daha ağır sonuçlara neden olması halinde, indirim uygulanması gerektiği ifade edilmektedir., Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 327 vd.; Ancak, mağdurun zararın beklenilenden fazla olmasına sebebiyet veren özellikleri, zarar veren borçlunun yardımcıları tarafından biliniyor idiyse, bu durumda indirim söz konusu olmamalıdır.

³⁰¹ Örneğin, mağdur dışındaki herhangi bir üçüncü kişinin dikkatsiz şekilde sürdüğü bisikletle yarattığı tehlikenin de etkisi ile, yanlış bir dönüş yapan kişinin, çarparak yaralanmasına sebebiyet verdiği kişiye ödenecek tazminatta indirim yapılması gerektiği ifade bulunmaktadır., Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 329; somut olaydaki bisikleti süren üçüncü kişinin, yine zarar gören alacaklının yardımcılarından birisi olması ve alacaklının zarar görmesi gibi bir durumda ise, ortak kusur bahsinin devreye gireceğini ve yine tazminattan indirim yapılması gerekeceğini eklemek gerekir.

³⁰² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 327 vd.

Yine indirim hususu noktasında, kural olarak ağır kusurun tek başına tam tazminata sebebiyet vereceği³⁰³ ve bunun yardımcıların fiillerinden sorumlu olunan haller için de geçerli olduğu; ancak her ne kadar fiil ağır kusuru ortaya koyuyor olsa da, fiil ile neticenin zayıf bir illiyet bağlantısına sahip olması veya failin kasten icra ettiği fiillerin beklenmeyen boyutlarda zararlara sebebiyet vermesi hallerinde de, tazminattan indirime gidilebileceği belirtilmektedir³⁰⁴.

Nihai olarak eklemek gerekir ise, somut olayın şartları, aynı kişilerin, aynı fiillerinin, farklı tazminat hükümlerine esas teşkil edebileceklerini söyleyebiliriz. Örneğin, bir cep telefonunun kazaen yere düşürülmesi fiili ele alınabilir. Öyle ki, bu düşürme fiilinin, “telefonu ödünç almış kişi (veya onun kullanma yardımcıları) tarafından”, “telefonu merak ederek incelemek için isteyip eline almış kişi tarafından” veya “telefon sahibinin ricası ile fotoğrafını çekecek kişi tarafından” yapılmış olmaları ihtimallerinde, her ne kadar kusurun ölçüsünü ve somut fiili birebir aynı olarak ele alsak dahi, hükme esas tazminat farklı olabilecektir. Zira, TBK md. 114/1 c. 2 ifadesi ve hakkaniyet kavramı da, sayılan ihtimallerde, diğer (kusur – fiilin yapısı) değişkenler aynı olsa dahi, farklı tazmin hükümlerinin kurulmasını gerektirecektir³⁰⁵.

III. Borçlu ve Yardımcı Kişilerin İç İlişkisi ile Alacaklı Karşısındaki Durum ve Sorumlulukları

A. Yardımcı Kişi ile Borçlu Arasındaki İlişki

Belirtmek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olan borçlu, yardımcı kişinin ifa sırasında vermiş olduğu zararları tazmin ettikten sonra, yardımcı

³⁰³ Nomer, **Tazminat**, s. 72.

³⁰⁴ Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 124.

³⁰⁵ Ayr. manevi tazminat miktarına ilişkin olarak, somut bir karar için bkz.: Yarg. 15. HD., 12.10.2017 T., 2017/1711 E., 2017/3417 K.: “...Yine 22.06.1966 tarih ve 1966/7 Esas, 1966/7 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında açıklandığı gibi hakim manevi tazminat miktarında takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Hükmedilecek tazminatın zenginleştirici olmamasına, felaketi özlenir hale getirmemesine, sadaka mahiyetinde kalmamasına dikkat edilmelidir...” (LHBS).

kişinin tamamen sorumluluktan ve bu üçlü ilişkiden kurtulmuş olması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, borçlu yardımcı kişinin verdiği zararları ifa ettikten sonra, iç ilişkide bir rücu hususu da ortaya çıkacaktır³⁰⁶. Ancak bu noktada ekleme yapmak gerekir ise, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında tazminat ödeme borcunun doğumu, elbette yardımcı kişiye rücu imkanının fiilen veya hukuken varlığına bağlı değildir. Öyle ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğması bakımından, yardımcı ile borçlu arasındaki ilişkinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır³⁰⁷. Dolayısıyla, haksız fiili ile alacaklıya zarar veren yardımcı kişinin, hiçbir maddi varlığa sahip olmaması, ölmüş ve mirasçılarının bulunmaması hallerinde de borçlu, yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumlu olacaktır; ki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun mantığı da, yukarıda verdiğimiz bilgilerden de anlaşılacağı üzere, aksinin ifade edilmesine imkan vermeyecektir. Bunun gibi, yardımcı kişinin borçlu ile iç ilişkide herhangi bir kusuru bulunmamasını da burada örnekleyebiliriz.

Rücu hususu, adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği TBK md. 66/4'te "*Adam çalıştıran, ödemediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.*" şeklinde olmak üzere açıkça ve ayrıca düzenlenmiş durumdadır; ancak benzer bir hüküm yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından mevcut değildir³⁰⁸. Dolayısıyla bu durumda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktaki rücu hususunun, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre belirleneceği ifade edilmektedir³⁰⁹.

Uygulamada genellikle, yardımcı kişi ile borçlu arasında, iş sözleşmesi başta olmak üzere eser, taşıma, vekalet gibi bir sözleşmesel ilişki mevcut olacaktır³¹⁰ ve dolayısıyla borçlu, borcu gereği gibi ifa etmeyerek alacaklıyı zarara uğratan yardımcı

³⁰⁶ Ayr. bkz. Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 74 vd.; Tschudi, **a.g.e.**, s. 50; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 451 vd.; Karahasan, **Sözleşme**, s. 562.

³⁰⁷ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 16.

³⁰⁸ Çelik, **a.g.e.**, s. 61.

³⁰⁹ İnc. Çelik, **a.g.e.**, s. 61.

³¹⁰ Tschudi, **a.g.e.**, s. 50; ancak bu hukuki ilişkinin adı ve niteliği önemli değildir, Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 9.

kişinin fiilleri nedeniyle ödemek zorunda kaldığı tazminatı iç ilişkiye dayanarak rücu edecektir³¹¹. Ancak elbette, yardımcı kişinin kendisine verilen görevi borçlu ile aralarındaki iç ilişkiye göre tam olarak ifa etmesine rağmen, alacaklı bakımından zarar doğmuş, sözleşme ihlal edilmiş olabilir. Örneğin, işi icra eden kişinin kişiliği önem arz ettiği bir durumda, böyle bir halden bahsedebiliriz. Bu durumda yardımcı kişi, borçlunun iradesine tam olarak uymuş olmasına rağmen, alacaklının borçluyla arasındaki sözleşmenin ihlaline sebebiyet verebilecek; buna rağmen tazminat ödemesine hükmedilen borçlu, bunu yardımcı kişisine yansıtamayacaktır. Dolayısıyla, borçlunun yardımcıya rücu etmesi hususu, yardımcının somut olayda kusurlu olarak nitelendirilmesine bağlıdır³¹²; ki bu kusurluluk, yardımcının salt borçluya karşı yükümlülükleri kapsamında ortaya çıkabileceği gibi, alacaklıya karşı gerçekleştirdiği fiiller neticesinde de ortaya çıkmış olabilir.

Uygulamada karşılaşılabilecek örneklerin aksine, somut olayda yardımcı kişi ile borçlu arasında, özellikle yardımcı kişinin alt yardımcı kişiye başvurması örneğinde olduğu gibi, bir sözleşmesel ilişkinin bulunmadığı durumlarda ise rücu hakkının temelini TBK md. 61'deki "*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*" hükmüne dayandırılacağı ifade edilmektedir³¹³. Örneğin, yardımcı kişinin (alacaklı veya borçlu tarafından izin verilmiş olsun veya olmasın) kendisine verilen işi teslim ettiği alt yardımcı kişi sıfatına sahip kişilerin verdikleri zararlardan da, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olacağını; zira borçlunun, ifada yardımcı kişi kullanmakla, bunun gibi bir riziko dahil olmak üzere zarar doğurmaya elverişli imkanları doğurabilecek tüm rizikoları üstlenmiş sayılacağını belirtmiştik. Bu itibar ile borçlu, aralarında doğrudan bir sözleşmesel ilişki bulunmayan alt yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zararı karşıladıktan sonra, fiilleriyle zarara sebebiyet veren kişilere rücu edebilecektir.

³¹¹ Koller, **101**, s. 143; Portmann, **a.g.e.**, s. 53; Tschudi, **a.g.e.**, s. 50; Karahasan, **Sözleşme**, s. 562.

³¹² Karahasan, **Sözleşme**, s. 562.

³¹³ Şenocak, **Yardımcı**, s. 262.

Böyle bir durumda esasen alacaklının tazminat ilişkisi bağlamındaki durumunda bir değişiklik olmamaktadır. Alacaklı zararı tazmin talebini doğrudan haksız fiil hükümlerine göre alt yardımcıya veya aralarındaki sözleşmesel ilişkiye dayanarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri kapsamında borçluya yöneltebilecektir³¹⁴. Esas farklılık borçlu ile yardımcı kişi arasında olmaktadır; ki borçlunun yardımcı kişiye rücu etmesi (TBK md. 61-62) halinde haksız fiil hükümlerine dayanması, sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanmasından daha dezavantajlıdır³¹⁵. Zira özellikle, kusurun ispatı gibi noktalarda sözleşmesel sorumluluk hükümleri, zarar gören için daha avantajlı konumdadır³¹⁶.

Ancak, yardımcı kişi kullanan borçlunun, zarar görene ödediği tazminatları, her zaman yardımcı kişilerine yansıtabileceği söylenemeyecektir. Örneğin, yardımcı kişi kullanılmasının sözleşmeyle yasaklanmış olduğu veya özellikle de borçlunun kişisel özelliklerinin ifade özel önem taşıdığı bir durumda, borcun ifasını yardımcı bir kişiye bırakan borçlu, her ne kadar yardımcı kişi kendi subjektif konumu (yetenekleri, bilgisi, tecrübesi) açısından borcu en iyi şekilde ifa etmiş olsa da, esasen alacaklının anlaşmadaki arzularına göre olması gereken bir ifanın gerçekleşmemesinden dolayı, sorumluluk doğabilecektir³¹⁷. Buna rağmen bu örnekte, ortaya çıkan zararlarda iç ilişki bakımında yardımcı kişiye yüklenebilecek bir kusur yoktur. Zira o, borçlunun kendisine verdiği görevi taahhüt ettiği şekilde yerine getirmiştir. Bu sebeple, ifanın taahhüde uygun olmaması neticesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı tazminle yükümlü olan borçlunun, ödediği bu tazminatı somut olayda yardımcı kişiye rücu ederek istemesi uygun olmayacaktır.

Burada ifade ettiklerimiz, fiilleri alacaklı bakımından haksız fiil teşkil eden yardımcı kişinin, alacaklıya karşı sorumlu olmadığı anlamına da gelmeyecektir. Sözleşmenin ifası için yaptığı zannıyla hareket ederken gerçekleştirdiği fiillerin aslında sözleşmeye aykırı olması rizikosu da yardımcı kişiye ait olmalıdır. Buna

³¹⁴ İnc. Çelik, **a.g.e.**, s. 61.

³¹⁵ Koller, **101**, s. 143 vd.

³¹⁶ Koller, **101**, s. 144; Karahasan, **Sözleşme**, s. 64.

³¹⁷ Bkz. Leonhard, **Schuldrecht**, s. 458.

benzer durumlar özellikle kendi menfaatine vekaletsiz iş gören kişinin, bu işte yardımcı kişi kullanması durumunda ortaya çıkacaktır. Bu ihtimalde gerek vekaletsiz iş gören gerek vekaletsiz iş görenin yardımcı kişisi sorumlu olmalıdır. Kanaatimizce bu durumda vekaletsiz iş gören, hem zararlardan doğrudan sorumlu olmalı; hem (onaylanmayan vekaletsiz iş görmeden dolayı) yardımcı kişinin verdiği zararlardan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olmalı; hem de yardımcı kişi, zarar görene karşı kendi fiillerinden dolayı haksız fiil/vekaletsiz iş görme sorumluluğu altında bulunmalıdır.

Bunların dışında, borçlu ile yardımcı kişinin rücu ilişkisini etkileyebilecek bir durum ise, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının varlığıdır³¹⁸. Kural olarak, eğer borçlu ile yardımcı kişi arasında aksine bir anlaşma yok ise, borçlu yardımcı kişinin borcu ifa ederken verdiği zararlardan dolayı, yardımcı kişi ister kasten hareket etsin, ister ihmalle davranmış olsun sorumlu olacaktır. Ancak, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki iç ilişkide, örneğin yardımcı kişinin yalnızca kast ve ağır ihmal göstermesi halinde sorumlu kabul edileceği kararlaştırılmışsa, bu durumda hafif ihmal ile alacaklıya zarar veren yardımcı kişi, borçlunun rücu talebini defedebilecektir.

Diğer taraftan, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki bir durum olarak, borçlunun borcunu zamanında yerine getirememesine sebebiyet verecek bir örnek de teşkil eden boykot veya genel/özel grevler³¹⁹ gösterilebilmektedir³²⁰. Doktrinde, borcun ifasında bir gecikme olduğu takdirde, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacağı³²¹ veya doğrudan borçlunun temerrüitten doğan sorumluluğuna gidileceği³²², şeklinde farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Kanaatimizce böyle bir durumda,

³¹⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 261.

³¹⁹ TGLK md. 25/1: “İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denilir.”

³²⁰ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 138; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 243.

³²¹ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 137 vd.

³²² Koller, **101**, s. 50.

işçilerin grevi gerek kanuna uygun³²³, gerek kanuna aykırı olsun³²⁴, pratikte genellikle fabrika gibi bir iş çevresinde görülecek bu hususun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesiyle açıklanması gerekli değildir. Dolayısıyla burada, borçlu ile alacaklı arasında, temerrüde ilişkin kurallar doğrultusunda çözüm bulunması gerektiği kanaatindeyiz³²⁵.

Konunun bu kısmı kenara bırakılacak olursa (gerek yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, gerekse de yalnızca borçlunun temerrüdünün uygulanacağı kabul edilsin), greve giden işçilerle alacaklı arasında bir ilişki kurulmasa da, borçlu ile yardımcı kişi işçiler arasındaki ilişki bakımından, grevin kanuna uygun veya aykırı olması ayırımının yapılması uygun olacaktır. Dolayısıyla işçiler ile işverenler arasındaki ilişki ise Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu hükümlerinde de belirtildiği üzere, kanuna uygun ve kanuna aykırı grevlere uygulanacak kurallara³²⁶ göre nazara alınacaktır. Bunun yanında, işçi temsilcilerinin fiillerinin işverene yüklenemeyeceği, zira aralarında bir yardımcı kişilik ya da kanuni

³²³ TGLK md. 25/2: “Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denilir.”.

³²⁴ TGLK md. 25/3-4: “Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denilir. Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır.

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe aykırı amaçla grev yapılamaz.”.

³²⁵ Gerçi TGLK md. 43 “İşveren, kanuni bir grevin veya lokavtın süresi içinde, 42 nci madde hükmü gereğince hizmet akitlerinden doğan hak ve borçları askıda kalmış olan işçilerin yerine, hiçbir surette daimi veya geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz. 39 uncu madde uyarınca grev ve lokavta katılamayacak işçilerden, haklı sebeple hizmet akti feshedilenlerin yerine yeni işçi alınması imkanı saklıdır. İşverenin bu yasağa aykırı hareketi, grev gözcülerinin ya da taraf sendikanın yazılı başvurusu halinde ilgili bölge müdürlüğüne denetlenir...” hükmü uyarınca kanuna uygun grev süresince işveren kanunen de işlerin yerine getirilmesi için yeni işçi işe alamayacaktır; ancak İsviçre ve Türk kanun koyucularının da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerini düzenlerken böyle bir ayırımı da düşünerek hareket etmiş olabilecekleri de göre pek mümkün görünmemektedir.

³²⁶ Bkz.: TGLK md. 45: “...Kanun dışı bir grev yapılması halinde, bu grev veya bu grevin yönetimi ve yürütümü yüzünden işverenin uğradığı zararlar, greve karar veren işçi sendikası veya kanun dışı grev herhangi bir işçi kuruluşunca kararlaştırılmaksızın yapılmışsa, bu greve katılan işçiler tarafından karşılanır...”.

temsil ilişkisi bulunmadığı belirtilmektedir³²⁷.

Borçlu - yardımcı kişi ilişkilerine dair bir diğer örnekte ise, borçlunun yardımcı kişilerinden birisinin, borçlunun elinde bulunan ve parça borcu teşkil eden bir satım konusu eşyayı telef ettiği bir olayda, borçlunun yardımcı kişiden olan alacağını, yukarıda ifade ettiğimiz hususların aksine, doğrudan TBK md. 49'a göre haksız fiil çerçevesinde isteyebileceği ifade edilmiştir³²⁸. Borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme ilişkisi nedeniyle alacaklının tazminat talebi bir kenara bırakılacak olursa, borçlunun en azından yardımcının haksız fiil sorumluluğuna girmesi olağandır. Ancak bize göre böyle bir örnekte (ister satılan şeyin korunması veya taşınması gibi bir görev esnasında olsun, isterse de işle ilgisi olmayan, ancak iş esnasındaki bir durum içerisinde olsun), satılan şeyin zarara uğramasından dolayı, işçinin TBK md. 396'daki³²⁹ özen ve sadakat borcu ile TBK md. 400'deki³³⁰ hükümler dolayısı ile de zararların borca aykırılık hükümlerine göre istenebilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, alacaklının yardımcı kişiye başvurusu ise haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Doktrinde örnek vermek suretiyle ifade edilen farklı bir hususta ise TBK md. 116 hükmü dolayısıyla tazminat ödemek zorunda kalan borçlunun yardımcı kişiye başvurusu, yardımcı kişi tarafından karşı başvuru ile defedilebilecektir³³¹. Şöyle ki, borçlunun yardımcı kişisine kötü alet, malzeme veya talimat vermiş olması, bahsi geçen duruma örnek gösterilmektedir³³².

³²⁷ Siegfried Sorge, "Die Haftung des Betriebsrates für Unerlaubte Handlungen", **Arbeit und Recht**, C. 1, S. 9, Bund-Verlag, 1953, s. 274.

³²⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 263.

³²⁹ "...İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür..."

³³⁰ "İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur.

Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur."

³³¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 452.

³³² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 452; Karahasan, **Sözleşme**, s. 562.

B. Yardımcı Kişi ile Alacaklı Arasındaki İlişki

Yardımcı kişinin, sorumluluk bağı içerisinde değerlendirilebileceği diğer bir durum ise, yardımcı kişinin bizzat alacaklıya karşı sorumlu olması durumudur³³³. Yardımcı kişinin, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmasına neden olan davranışları, onun aynı zamanda alacaklıya karşı da bizzat sorumlu olmasını gerektirebilecektir³³⁴.

Hemen ifade etmek gerekir ki, yardımcı kişinin, borçlu için yaptığı işin ivazını elde ediyor olması veya bu yardımı hatır işlemi altında icra ediyor olmasının, ne yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğumunda, ne de alacaklı nazarında bir etkisi olmayacaktır³³⁵. Dolayısıyla kural olarak, kusurunun varlığı halinde, yardımcı kişinin de alacaklıya karşı sorumlu olduğunu söylemek mümkündür.

Esasen somut olayda, yardımcı kişi ile alacaklı taraf arasında bir borç ilişkisi bulunmayacaktır³³⁶. Bu durumda, yardımcı kişinin bizzat sorumlu olması için akla gelen ilk ihtimal, yardımcı kişinin fiillerinin alacaklı açısından haksız fiil teşkil etmesi durumudur³³⁷. Zira, yardımcı kişi ile alacaklı arasında doğrudan bir borç ilişkisi söz konusu olmadığından, alacaklı, saf borç ilişkisinin ihlali nedeniyle borçluya; ancak haksız fiil de söz konusu olması halinde doğrudan yardımcı kişi faile de gidebilecektir³³⁸. Böyle bir durumda, davranışları neticesinde haksız fiil ile alacaklıya zarar veren yardımcı kişi, zararların tazmini konusunda bizzat alacaklı ile karşı karşıya bulunmaktadır; ki bu durumda, borçlu ile yardımcı kişinin alacaklıya karşı, farklı hukuki sebeplerden dolayı, aynı zarardan müteselsil olarak sorumlu

³³³ Keller, **a.g.e.**, s. 320 vd.; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 59; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 395, Pn. 666 vd.

³³⁴ Portmann, **a.g.e.**, s. 53; Şenocak, **Yardımcı**, s. 263; Keller, **a.g.e.**, s. 320; Fundel, **a.g.e.**, s. 53.

³³⁵ Uygur, **a.g.e.**, s. 3226; Zeytin, **a.g.e.**, s. 1428.

³³⁶ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 1; Keller, **a.g.e.**, s. 320; Tschudi, **a.g.e.**, s. 50; Tuhr/Siegmart, **a.g.e.**, s. 571; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 395, Pn. 666; Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 130; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 4.

³³⁷ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 59; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 395, Pn. 666; Tschudi, **a.g.e.**, s. 50; Tunçomağ, **Esaslar**, s. 345; Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 130; Uygur, **a.g.e.**, s. 3228; Fundel, **a.g.e.**, s. 53; Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 4.

³³⁸ Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 130.

oldukları ifade edilebilir³³⁹. Dolayısıyla, müteselsil sorumlulardan birisinin haksız fiil, diğerinin ise esasen sözleşmesel sorumluluk altında olması durumu ortaya çıkabilecektir³⁴⁰. Yine genel olarak ise, yardımcı bir kişinin borcun yerine getirilmesi sürecinde alacaklıya verilen zararlardan dolayı kişisel sorumluluğunun doğabilmesi bakımından, yardımcı kişinin alacaklı ile bizzat bir temasının olması veya borcun ifası konusunda kendisinin de bir taahhüt altında olması ihtimalinin ifade bulduğunu da eklemek gerekir³⁴¹.

Yardımcı kişinin, sözleşmeden doğan bir ilişki kapsamında, alacaklı karşısında bizzat sorumlu olduğu başka bir ihtimal daha ortaya çıkabilir. Şöyle ki, özellikle müteselsil borçluluk kapsamında sorumlu olan kişiler, birbirleri bakımından aynı zamanda yardımcı kişi olarak değerlendirildikleri durumda, zararı doğuran eylemleri neticesinde, hem yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında, hem de kendi kişisel sorumlulukları kapsamında sorumlu olacaklardır³⁴².

Kural olarak, esasen borç ilişkisinin niteliği gereğince de, borcun ihlal edilmesi yalnızca taraflar arasında hüküm ifade edecektir³⁴³; ki örneğin, satıcının alıcıya satıp teslim etme borcu altına girdiği bir malı, bir üçüncü kişi satın aldığı anda, alacaklı zararlarını bu üçüncü kişiye karşı değil, doğrudan borçluya karşı ileri sürmek zorunda kalacaktır³⁴⁴. Ancak üçüncü kişinin buradaki satın alma işlemini yapmaktaki saiki, sırf alacaklı olarak ifade ettiğimiz kişiyi zarara uğratmak gibi ahlaka aykırı kabul edebileceğimiz bir amacı içeriyor ise, bu halde (TBK md. 49/2 gereğince) haksız fiil sorumluluğu ile üçüncü kişinin de sorumlu olması durumu ortaya

³³⁹ Keller, **a.g.e.**, s. 320 vd.; BGE 77 II 148.

³⁴⁰ Fikret Eren, “Haftung Mehrerer Schädiger für den Gleichen Schaden”, **Die Verantwortlichkeit im Recht: Türkische-Schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern**, C. 2, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981, s. 418; bunun gibi, sorumlulardan birisinin kusur sorumluluğu, diğerinin ise kusursuz sorumluluk altında bulunabileceğini de ifade edebiliriz.

³⁴¹ Alfred Koller, **Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines Vertragsfremden Dritten**, Gallen, Vereinigung für Baurecht, 2004, Pn. 9; ayrıca müteselsil sorumluların alacaklı/zarar gören karşısında farklı sözleşme ilişkilerine sahip olmalarına ilişkin bkz. Eren, **Schaden**, s. 425 vd.

³⁴² Keller, **a.g.e.**, s. 321; Şenocak, **Yardımcı**, s. 263.

³⁴³ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 322, Pn. 52; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.06 vd.; Tunçomağ, **Esaslar**, s. 10 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 15, Pn. 23; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 37; Ataay, **a.g.e.**, s. 35.

³⁴⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 21, Pn. 74.

çıkacaktır³⁴⁵.

Aynı şekilde, bir kişinin kendi borcuna aykırı davranışının üçüncü bir kişinin zararına sebebiyet vermiş olması da, her zaman bu borca aykırı davranan kişinin üçüncü kişiye karşı bir tazmin yükümlülüğünde olduğu anlamına gelmeyecektir; ki bir kişinin bir eser inşa etme borcunu yerine getirmek için satıcıdan alması gereken malzemeleri, satıcının teslim tarihine uymayarak geç teslim etmesi neticesinde, eser sahibinin, geç inşa edilen eserden dolayı uğradığı zararı malzeme satıcısından tazmin yoluna gidemeyeceği örneğini verebiliriz³⁴⁶. Ancak buradaki ifademizin tersine, bir borç ilişkisindeki kişilerden birinin borca aykırı davranışının, kendisiyle borç ilişkisinde olmayan birinin zararına sebebiyet verdiği bazı hallerde ise, bu üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi yükümlülüğü ortaya çıkabilecektir. Örneğin, bir kişinin kiraladığı otomobili, yine bir otoparka bırakması ve otoparkçının bu aracı park ederken kaza yapması halinde, otoparkçı bakımından ortaya çıkan durum, otoparka araç teslim edene karşı sözleşmesel sorumluluk iken, aracı kiraya vermiş olan kişiye karşı ise haksız fiil teşkil edeceğinden, burada üçüncü kişinin zararının karşılanması gerekecektir³⁴⁷. Verdiğimiz son örnekte, aracın kaza yapması kiracının fiili ile ortaya çıkmamıştır; ancak kiracının kullanım hakkının icrası kapsamında aracı teslim ettiği kişinin fiillerinden dolayı kaza ve dolayısıyla da zarar meydana gelmiştir; ki bu durumda kiracı bakımından, sözleşmesel sorumluluk kurallarının (ve kullanma yardımcısı sıfatına sahip yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk) geçerli olması gerekir.

Yardımcı kişinin de bizzat sorumluluğuna gidilebilecek durumlarda alacaklı, duruma göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk dolayısıyla asıl borçluya veya doğrudan yardımcı kişiye giderek zararlarının karşılanmasını isteyebilecektir³⁴⁸. Örneğin, ev eşyalarının nakliye işini yapan bir kişi, çalıştırdığı şoför ve indirici-boşaltıcı çalışanlarının fiillerinden sorumlu olduğu gibi, bu çalışanlar da, kendi

³⁴⁵ İnc. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 23; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 21, Pn. 75.

³⁴⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 22, Pn. 77.

³⁴⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 22, Pn. 78.

³⁴⁸ Koller, **101**, s. 141 vd.

yapmış oldukları (eşyanın hızla atılarak kırılması, sigara içerken eşyaların bir kısmının yakılması, eşyalar paketlenirken ev sahibinin değerli eşyalarından birisinin çalınması gibi) fiillerden dolayı da bizzat sorumlu olacaklardır.

Yardımcı kişilerden birinin kusursuz olarak icra ettiği bir fiilin zarara sebebiyet vermesi, başka bir kişinin “eklenen davranışının” (ihmali de olabilir) etkisi ile de ortaya çıkabilir. Roma hukuku metinlerine D. 9, 2, 27, 9 (Ulpianus’un Edictum’unun on sekizinci kitabından): “...*Fakat birisi fırındaki ateşi tutuşturduğunda, ve diğeri de onu denetlemekte ihmalkar davranmışsa, ateşi tutuşturan sorumlu olacak mıdır? Ateşten sorumlu olan hiçbir şey yapmamıştır, ve ateşi tutuşturan ise kusursuzdur; o halde sonuç nedir? Düşünüyorum ki, pretorian dava hem fırın önünde uyuyan hem de onu kusurlu davranışla gözeten kişi için aynıdır, ve hiç kimse uyuyakalan kişinin buradaki hatalı davranışının insani ve doğal olduğunu söylememelidir, çünkü o ya ateşi söndürmeli, ya da onun bu şekilde yayılmasını engellemelidir.*”³⁴⁹ şekilde yansıyan bu örnekte de görüldüğü üzere³⁵⁰, aktif fiili kusursuz olan bir yardımcı kişinin kusursuzluğunu, gözetimle görevli bir diğer yardımcı kişinin ihmali davranışı yok edecek ve zarardan dolayı sorumluluk ortaya çıkacaktır. Örnek üzerinden gitmek gerekir ise, yardımcı kişinin fiilini denetlemesi gereken diğer bir yardımcı kişinin ihmali davranışı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verecek; ihmali davranışla alacaklıya zarar veren (alacaklıya karşı) kişi haksız fiil sorumluluğuna göre sorumlu olacak iken, kusuru olmayan ilk yardımcı kişinin ise sorumlu olmaması gerekecektir. Zira onun davranışı borçluyla alacaklı arasındaki anlaşmaya uygun olmakla birlikte, alacaklının zararını ortaya koyma anlamında gerekli kusura ve illiyet bağına haiz değildir.

Diğer taraftan, somut olayda her ne kadar aynı fiil ve zararlardan ötürü, hem yardımcı kişinin hem de borçlunun sorumluluğuna gidilebilecek olsa da, çeşitli

³⁴⁹ Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D9_Scott.htm#II, szt. 29.11.2017.

³⁵⁰ Bkz.: Güven, **a.g.e.**, s. 107; “...*ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius neglegenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit ? Nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit : quid ergo est ? Puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui neglegenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur.*”, çvr. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/aquilia.html>, szt. 10.07.2017.

sebeplerden dolayı istenebilecek tazminatın miktarı, değişiklik gösterebilir³⁵¹. Örneğin, kural olarak alacaklı, borçluya gidildiği durumda zararının tamamını tazminini isteyebileceken, yardımcı kişiye gittiği takdirde TBK md. 52/2'deki *“Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”* hükmü dolayısıyla, daha az giderim elde edebilir. Bunun gibi bazı hallerde ise örneğin, karşılıksız olarak saklama konusunda anlaşıldığı bir durumda, işin borçlu için bir yarar sağlamaması dolayısıyla TBK md. 114/1'deki *“Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.”* hükmüne göre, borçlunun sorumluluğu daha hafif değerlendirilecektir; ki bu da hakimin tazminat miktarını değerlendirmesinde rol oynayacaktır³⁵².

Ayrıca bazı hallerde, yardımcı kişilerin doğrudan alacaklıya karşı sorumlu olması, buna karşılık borçlunun sorumluluğunun doğmaması ihtimalini de düşünmek gerekir. Yukarıda³⁵³ tekel konumdaki yardımcı kişilerden dolayı (eğer hem yardımcı kişi kullanılması hem de yardımcı kişinin bu tekel kişi olması konusunda bir iradesi yok ise) borçlunun değil, doğrudan yardımcı kişinin sorumlu olması gerektiğine ilişkin görüş belirtmiştik³⁵⁴. Bu sebeple, böyle bir halde, yardımcı kişi gibi kullanılmak zorunda olunan tekel kişinin verdiği zararlardan dolayı alacaklı, bizzat bu kişinin sorumluluğuna gitmelidir.

Ayrıca, yardımcı kişinin durumunun borçluya nazaran daha ağır değerlendirilmesi de ihtimal dahilindedir. Şöyle ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta sözleşmesel hükümlere göre tazminle yükümlü olacak olan borçlu TBK md. 114³⁵⁵ hükmünü kullanabileceken, alacaklıya haksız fiili ile doğrudan zarar

³⁵¹ Koller, **101**, s. 141 vd.

³⁵² Keller, **a.g.e.**, s. 321.

³⁵³ İnc. B. II: I/C/2/c/(1).

³⁵⁴ Ayrıca konuyla ilgili bkz. Koller, **101**, s. 70 vd.

³⁵⁵ *“...İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak*

veren yardımcı kişi ise haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmakla bu imkandan faydalanamayacaktır³⁵⁶.

Farklı bir başka durum olarak, yardımcı kişinin aynı zamanda alacaklıyla da hizmet ilişkisi içerisinde olması halinde de tazminattan indirim yapılabilmesi gündeme gelebilir denilmektedir³⁵⁷. Ancak, yardımcı kişi ile alacaklı ilişkisinde yardımcı kişi, sebebiyet verdiği zarardan dolayı tam olarak sorumlu olmaya devam edecektir. Bu noktada eklemek gerekir ki, bir kişinin sırf alacaklının da yardımcı kişisi olduğu savunması ile mutlaka tazminattan indirim yapılması da gerekmez. Örneğin, (A) firmasının, bir iş kolunda birlikte çalıştığı ve yardımcı kişisi olarak nitelendirilebilecek (X) tüzel kişisi, aynı zamanda (B) firmasının da sürekli iş yaptığı ve hatta aralarında sürekli bir borç ilişkisi bulunan bir tüzel kişi yardımcısı olsun. (A) ve (B) firmalarının arasındaki somut herhangi bir borç ilişkisinden doğan bir edim, (X) ile ifa edildiğinde ve zarar doğduğunda, sırf (X) zarar görenin de yardımcı kişisidir denilerek, tazminattan indirim talep edilememelidir³⁵⁸. Bu örnekte, (X) tüzel yardımcı kişisi de, kendi savunma imkanları aksini gerektirmediği sürece, alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam edecektir.

Yine örneğin, bir borcun ifasında kullanılan yardımcı kişinin davranışlarından zarar meydana gelmiş olmakla birlikte, bu yardımcı kişinin ifaya ne zaman katıldığına ayrıca bir önemi bulunmayacaktır³⁵⁹. Ancak yardımcı kişinin, işe ne zaman katıldığı, bir diğer açıdan kendisi için önem arz edebilir. Şöyle ki, borcun ifasında halihazırda aksaklıklar bulunması esnasında borcun ifasına dahil olan yardımcı kişi, ancak kendisinin dahil olmasından sonraki fiillerinin neticeleri itibariyle alacaklıya karşı sorumlu olmalıdır. Kısacası bu durum, yalnızca yardımcı

değerlendirilir...”.

³⁵⁶ Ayr. inc. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 435, Pn. 1429 vd.

³⁵⁷ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 161; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 41.

³⁵⁸ Bu sonuç, (X) firmasının, zarara uğrayan tarafın talimatlarıyla hareket etmiyor olması veya onunla bir tabiiyet ilişkisi olmamasına bağlı değildir. Zira, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, ne talimat verme, ne de tabiiyet unsuru aranmaz. Dolayısıyla, bu sonucu ortaya çıkaran hususlar, hakkaniyet, somut olay dengesi ve en önemlisi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının içerdiği koruma düşüncesi ve kapsamıdır.

³⁵⁹ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 99.

kişi ile alacaklı arasındaki duruma tesir eder görünmektedir. Bununla birlikte, elbette yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi için zarar ortaya çıktığında, öğrenildiğinde veya tazmini talep edildiğinde, zarara sebebiyet veren kişi ile borçlu arasında devam eden bir ilişkisi olması gerekmeyecektir³⁶⁰. Önemli olan zarara sebebiyet veren davranışların bir borç ilişkisinin ifası veya hakkın kullanılması kapsamında ortaya çıkmış olmasıdır.

Buraya kadarki kısmı kısaca toparlayacak olursak, bir borç ilişkisi kapsamında, yardımcı kişi sayılan kişilerden (ki bunlar ifaya yardımcı kişiler olabilecekleri gibi kullanmaya yardımcı kişiler de olabileceklerdir) dolayı zarara uğrayan alacaklı, şartları oluşması durumunda kural olarak, zararlarının tazminini yardımcı kişi çalıştıran borçludan isteyebileceği gibi, doğrudan fiili icra eden yardımcı kişiden de isteyebilecektir. Ancak belirttiğimiz üzere, çeşitli ihtimaller nedeniyle borçludan istenebilecek tazminat miktarı ile yardımcı kişilerden istenebilecek tazminat miktarı denk düşmeyebilir.

Farklı olarak akla gelebilecek bir diğer durum olarak ise, yardımcı kişinin kendi lehine yardımcı kişi kullanması durumudur. Bu durumda esas borçlunun, yardımcı kişilerin son halkasındaki yardımcı kişinin fiillerinden de sorumlu olacağını

³⁶⁰ Ayr. bkz. Yarg. 11. HD., 09.11.2004 T., 2004/1586 E., 2004/11038 K.: “*Davacı vekili, müvekkilinin davalı banka ile 23.08.1995 tarihinde kiralık kasa sözleşmesi yaptıklarını ve kıymetli eşyasını kiralık kasaya koyduğunu, sözleşme gereği kendisine 2 adet kasanın sağ kilidinin anahtarının verildiğini, 15.8.1997 tarihinde bankaya geldiğinde anahtarlarından birinin kasayı açmadığını, diğer sağ kilit anahtarı ile kasayı açtığında kasanın boş olduğunu gördüğünü, müvekkiline iki anahtardan birinin doğru, diğerinin bir başka kasanın anahtarı olarak verildiğini, diğer anahtarın da bankada alıkonulduğu ve bu anahtarla kasanın açılarak içinin boşaltıldığını, bankanın kiralayan sıfatıyla eşyanın korunmasında gereken özeni göstermediğini, diğer davalının ise veznedar ve kasa görevlisi sıfatıyla sorumlu olduğunu ileri sürerek, 2.500.000.000.-TL’nin davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir...*

...Bu hususta gerek bu davalı hakkında açılan ve mahkemece celp edilen ceza davasına ilişkin dosyada toplanan kanıtlar, gerekse sözleşme kurulduktan sonra davacının iki yıl boyunca kiralık kasaya hiç uğramamış olması, anahtar tesliminde görevli veznedar olan bu davalının olayın ortaya çıkmasından kısa bir süre önce emekli olması, giderken de bankaya uydurma bir adres bildirmesi ve sonuçta üç yıla yakın sürece bulunamaması hep birlikte değerlendirildiğinde, davalıların sorumlu olduklarının kabulü gerekir.

O halde mahkemece, davalı bankanın BK.nun 100 ncü maddesi hükmüne dayalı olarak ve diğer davalının haksız eylem sorumluluğu ilkelerince sorumlu olduklarının kabulü ile...” (KİB).

ifade etmiştik³⁶¹. Peki, yardımcı kişi kullanan yardımcı kişinin, kullandığı bu alt yardımcıdan dolayı sorumluluğuna gidilmek istendiğinde, (ki bu istek yardımcının borçludan ekonomik olarak daha güçlü olması³⁶² ve hatta borçlunun yardımcı kişilerinden dolayı sorumsuzluk³⁶³ anlaşmasına taraf olması gibi hallerden doğabilir) durum ne olacaktır, sorusunu cevaplamak gerekir.

Böyle bir durumda yardımcı kişinin, alacaklı ile bir borç ilişkisi içerisinde olmadığı ortadadır. Normal şartlarda, yukarıda ele aldığımız üzere, bu fiilleri kendi yapsaydı, haksız fiil sorumluluğu uygulanabilecek idi. Alt yardımcı kullanan yardımcı kişi ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi bulunmadığından, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanması ilk etapta mümkün gibi görünmemektedir. Dolayısıyla ilk çözüm olarak, TBK md. 66 hükmüne dayanarak, yardımcı kişinin alt yardımcısının fiillerinden dolayı sorumluluğuna gitmeyi düşünebiliriz.

Ancak bize göre kendi borcu olmayan bir edimin ifasında dahi olsa, bir başka kişiyi ifa ilişkisine dahil eden (esas borç ilişkisinde bulunmayan) bu yardımcı kişinin, başvurduğu alt yardımcılarından dolayı şahsi sorumluluğu da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulanmak suretiyle ele alınabilmelidir. Burada (tıpkı aşağıda ele alacağımız dürüstlük kuralından doğan borç ilişkileri bahsinde ayrıntılı olarak görüleceği paralelde³⁶⁴) her ne kadar alt yardımcı kullanan yardımcı kişi ile alacaklı arasında doğrudan bir borç ilişkisi olmasa³⁶⁵ da, hakkaniyet ve dürüstlük kuralları gereğince de, bu kişiler arasındaki temas dikkate alındığında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun en azından kıyasen uygulanması uygun olacaktır.

³⁶¹ Büren, **a.g.e.**, s. 396.

³⁶² Örneğin, her olayda yardımcı kişinin esas borçludan ekonomik olarak daha kötü durumda olması gerektiği şeklinde, genel geçer bir kuraldan bahsedemeyiz. Bazı hallerde, (özellikle tekele yakın işletmeler başta olmak üzere) borçlunun kullandığı yardımcı kişiler, borçludan ekonomik olarak daha güçlü konumda olabilir.

³⁶³ Bkz. B. IV: I/D.

³⁶⁴ Bkz. B. III: IV/B.

³⁶⁵ Tuhr/Sieghart, **a.g.e.**, s. 571.

Bunlar dışında, Yargıtay’ın vermiş olduğu, simsarlık, aracılık gibi bazı işlerin yapılmasında rol alan kişilerin şahsi sorumluluklarının değerlendirildiği bir kararda, simsarlık faaliyeti yapan kişinin (Türk Borçlar Kanunu’nun 520. maddesi atfı ile³⁶⁶) vekalet sözleşmesi uyarınca, vekilin talimatlarının dışına çıkıp da karşı tarafa zarar vermediği sürece şahsi sorumluluğunun bulunmadığı ifade bulmaktadır³⁶⁷; ki bu halde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk da uygulanmayacaktır.

Yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumluluğu, alacaklı ile yaptığı anlaşma uyarınca kısıtlanmış ve hatta kaldırılmış olan borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayabilecek iken; yardımcıların ise, haksız fiil teşkil eden davranışları dolayısıyla alacaklıya karşı sorumlu olabileceklerini, dolayısıyla da bu gibi bir durumda yardımcıya başvurulabilmekle birlikte, borçluya başvurulamayabileceğini görebiliriz. Aşağıda dördüncü bölümde, bahsi geçen bu sorumsuzluk anlaşması ihtimaline, ayrıntılı olarak değinilecektir.

³⁶⁶ “Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.

Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır.

Taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.”.

³⁶⁷ Yarg. 11. HD, 03.05.2011 T., 2001/1752 E., 2001/3902 K.: “...Dosya kapsamına, tanık beyanlarına, tarafların kabul ve açıklamalarına göre, davalı şirket elemanı tellal sıfatıyla davranarak, dava dışı L...Travel firmasından davacıya gezi için yer ayrılmasına aracılık etmiş, peşinatı o firmaya havale etmiş, 111 doları aynı kanunun 405 nci maddesi anlamında tellallık ücreti olarak alıkoymuş, paranın davacıdan alındığına ilişkin de kendi firmasının anteti ve mührünü taşıyan bir makbuz düzenleyerek davacıya güven için vermiştir. Makbuzun içeriğinin, taraflar arasında doğrudan düzenlenmiş bir sözleşmeye işaret ettiğinin kabulü doğru değildir. Olayın başlangıcı ve gelişimi karşısında, savunmanın aksi kanıtlanamamıştır. Davalı şirketin o firmanın acentası veya komisyoncusu olduğu iddia edilmediği gibi, bu yönde kabulü gerektirir bir kanıt da getirilmiş değildir. Davacının, geziyi iptal eden dava dışı firmadan peşinatı talep etmesi gerekirken, davalıdan istenmesi ve mahkemece de bu istemin yerinde görülmesi doğru olmamıştır. Aynı kanunun vekalet sözleşmesiyle ilgili 389 ncu maddesi uyarınca, vekil ancak aldığı talimatın dışına çıkarak müvekkilini zarara uğratması halinde, zarardan sorumlu tutulabilir. Davalı, davacının talimatının yerine getirmekle, vekillik görevini ifa etmiş olup, peşinatın iade edilmemesinin sorumluluğu davalıya yüklenemez.

O halde; Borçlar Kanunu'nun yukarıda değinilen özel hükümleriyle uyumsuzluğun halli mümkün ve dolayısıyla da davanın reddi gerekirken, aynı yasanın genel hükümlerle ilgili 100 ncu maddesinden yola çıkılarak, yazılı gerekçelerle davanın kabulü, doğru görülmemiştir...” (KİB); ayr. vekilin talimatlara uyma borcuna ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Tuğçe Tekben, “Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları”, YDT, Yeditepe Üniversitesi, 2017, B. II: “Talimata Uyuma Borcu ve Sorumluluk”.

C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumlulukta Müteselsil Borçluluk

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta ortaya çıkabilecek ihtimallerden bir tanesi de, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı müteselsil borçlu olunması durumudur³⁶⁸.

Müteselsil borçlulukta, bir alacaklı karşısında birden fazla borçlu bulunmakta, diğer bir ifadeyle, alacaklının birden fazla kişiden alacağı bulunmaktadır³⁶⁹. Müteselsil borçluluk kural olarak, TBK md. 162/1’de “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.” şeklinde ifade edildiği gibi, ya taraflar arasındaki sözleşmeden ya da 162/2’de “Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.” şeklinde ifade edildiği gibi, kanundan kaynaklanır. Ancak, ticari işler bakımından ise kanun koyucu müteselsil sorumluluğu karine olarak benimsemiştir³⁷⁰. Kural olarak müteselsil sorumluluk tarafların arasındaki anlaşma ile doğacak iken, TTK md. 7/1’in ilk cümlesindeki “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar” düzenlemesine göre, ticari işlerde karine, borçlular ile alacaklı arasında müteselsil bir ilişki olduğu yönündedir.

Kanundan doğan müteselsil borçluluğa ise, mirasçılarının miras bırakanın borçlarından dolayı sorumluluklarını düzenleyen Türk Medeni Kanunu

³⁶⁸ Yarg. 15. HD., 12.10.2017 T., 2017/1711 E., 2017/3417 K.: “...Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukla ilgili 116. maddede zincirleme sorumluluğu yer verilmiştir...” (LHBS, SMİP).

³⁶⁹ Bucher, **a.g.e.**, s. 491 vd.; Nurcihan Dalcı Özdoğan, **Müteselsil Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 25; Nomer, **Genel**, s. 417, Pn. 218.

³⁷⁰ Yarg. 19. HD, 13.06.2017 T., 2016/10842 E., 2017/4905 K.: “...Ayrıca TTK.’nın 7/1 maddesinde getirilen teselsül karinesinin aksi bizzat bu maddede belirtildiği gibi sözleşmeyle veya kanunla öngörülebilir. Nitekim’nın 583/1 maddesi bir kanun maddesi olarak TTK.’nın 7/1 maddesinin aksini öngörmüştür...” (KİB).

hükümlerini³⁷¹; aynı zarardan birden fazla kişinin sorumluluğunu, malvarlığını veya işletmeyi devralan ile devreden sorumluluğunu, birlikte kullanım ödöncü alanların sorumluluğunu, birlikte saklayanların sorumluluğunu vd. düzenleyen Türk Borçlar Kanunu hükümlerini³⁷²; ve diğör birçok münferit kanun hükümlerini³⁷³ örnek verebiliriz. Bunların dışında, 818 sayılı kanunda yer almayan borca katılma hükmüne göre borca katılanın da müteselsil sorumlu olacağının düzenlendiğini ifade edebiliriz³⁷⁴.

Ayrıca, müteselsil sorumluluğa ilişkin olarak Yargıtay'ın, kanundan doğan bir müteselsil sorumluluğun taraf iradeleri ile değıştirilmesinin kamu düzeni gibi gerekçelerle de mümkün olamayacağını, kısacası kanunun meydana getirdiğı müteselsil sorumluluğun, taraf iradeleriyle bertaraf edilemeyeceğini karara bağladığını da belirtmek gerekir³⁷⁵.

³⁷¹ Bkz. TMK md. 641/1: “Mirasçılar, tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar.” ve md. 681/1: “Mirasçılar, bölünmesine veya nakline alacaklı tarafından açık veya örtülü olarak rıza gösterilmemiş olan tereke borçlarından dolayı, paylaşmadan sonra da bütün malvarlıklarıyla müteselsilen sorumludurlar.”.

³⁷² Bkz. TBK md. 61: “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”, md. 202/1-2: “Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiğı veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğörleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğı tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.”, md. 382: “Bir şeyi birlikte ödünç alanlar, ondan müteselsilen sorumlu olurlar.” ve md. 567: “Bir şeyi birlikte saklamak üzere alanlar, müteselsilen sorumlu olurlar.”.

³⁷³ Bkz. Nomer, **Genel**, s. 419 vd., Pn. 219.

³⁷⁴ Bkz. TBK md. 201: “Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.”.

³⁷⁵ Bkz. YHGK. 17.10.2007 T.; 2007/21-664 E., 2007/745 K.: “Gerçekten, bir mamelekin ve işletmenin devralınmasını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine göre devir alan şirket, devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden) dahi, yenisi (devralan) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre teselsülün yasa hükmünden doğduğı hallerde kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması

Kural olarak müteselsil borçlulardan her birisi, alacaklı karşısında mevcut borcun tamamından sorumlu olacaktırlar³⁷⁶. Örneğin, müteselsil borçlulardan (A) ve (B)'den her birisi, iç ilişkideki borçluluk oranları göz önünde bulundurulmaksızın, alacaklıya karşı 1000 TL'lik borcun tamamından sorumlu olacaktırlar. Dolayısıyla (A) veya (B), iç ilişkide borcun yalnızca bir kısmından sorumlu oldukları hususunu, alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Böylece, yardımcı kişi kullanan müteselsil borçlulardan her birisinin, alacaklının uğradığı zarar bakımından birlikte değerlendirmeleri gerekecektir. Bu kuralın bir sonucu olarak alacaklı (yardımcı kişilerin fiillerinden zarar gören kişi), taleplerini isterse tümünden birine isterse tamamına karşı yöneltebilecektir ve borcun tamamı ifa edilene kadar tüm müteselsil sorumluların sorumlulukları devam edecektir³⁷⁷.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hususunda akla gelen ilk durum, birden çok borçlunun aynı yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olması durumudur. Şöyle ki, belirli bir ortak işi birlikte yapmak üzere bir araya gelmiş olan kişiler de, kullanmış oldukları bir yardımcının fiillerinden dolayı (örneğin, bir inşaat işinin, farklı uzmanlık alanları olan borçlularca birlikte üstlenildiği bir olayda, görevlendirdikleri ortak denetçiler gibi kişilerin fiillerinden dolayı) müteselsilen sorumlu olacaktırlar³⁷⁸. Burada, yardımcı kişi sıfatına sahip olan (bir gerçek veya

hükümsüzdür. Bu nedenle söz konusu müteselsil borç yasa hükmünden (Borçlar Kanunu md. 179'dan) doğduğundan, teselsilden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada belirtilen sorumluluğun zamanı "devir anıdır." Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar bu sorumluluğun kapsamında kalmaktadır. İşletmenin devirden önceki borcunun naklinin kural olarak alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi Borçlar Kanunu'nun 173. ve 174. maddeleri gereğince alacaklının onamına bağlı ise de, Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi bu kurala bir istisna getirmiş, alacaklının rızasına gerek görülmeksizin borcun devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir." (KİB).

³⁷⁶ Dalcı Özdoğan, **a.g.e.**, s. 42; Nomer, **Genel**, s. 417, Pn. 218.

³⁷⁷ Dalcı Özdoğan, **a.g.e.**, s. 42 vd.; Nomer, **Genel**, s. 417, Pn. 218; Bunların dışında, diğer borçlulara rücu etme hakkı sahibi olan müteselsil borçluların, alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde onun haklarına halef olacağı, alacaklının müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşmesi halinde, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olacağı, müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının, kural olarak diğerlerine karşı da kesilmiş olacağı gibi hususları da, burada kısaca ifade edebiliriz, Nomer, **Genel**, s. 417 vd., Pn. 218.

³⁷⁸ Koller, **101**, s. 134; Ayrıca, kabul edildiği üzere, müteselsil sorumlu kabul edilecek olan zarar verenlerin, zarar görenle doğrudan borç ilişkisinde olmaları gerekmemektedir. Bkz. Yarg. 7. HD, 18.03.2005 T., 2005/779 E., 2005/759 K.: "...Mahkemece 3.8.1997 tarihinde davacı kuruma ait B... telefon kablolarına kepçe ile yapılan kazı sırasında hasar verildiği meydana gelen hasardan

tüzel) kişi, her bir borçlunun yardımcı kişisi sayılacaktır ve bu borçlular da yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı müteselsilen borçlu konumda bulunmaktadırlar³⁷⁹.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında müteselsil borç ilişkisini bir araya getirecek bir diğer ihtimal ise, birden fazla kişinin müteselsil borçlu³⁸⁰ sıfatının yanında, aynı zamanda ortak yardımcı kişi³⁸¹ sıfatına da sahip olmaları durumudur. Diğer bir ifade ile, müteselsil borçlu olmanın yardımcı kişi sayılmaya ve dolayısıyla da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmasına engel olmadığı ifade edilmektedir³⁸²; ki bu ifadeye katılmaktayız. Örneğin, ağır ve zorlu bir tıbbi operasyonun yapılmasını birlikte üstlenen cerrahlar, bu operasyonun başarısızlığından dolayı, hastaya karşı müteselsil borçlu sıfatına sahip olmaları yanında, her bir cerrah aynı zamanda bir diğerinin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da sorumlu olacaklardır³⁸³. Bu durumda bize göre de, bir hastanın ameliyatını birlikte üstlenen cerrahlar arasındaki örnekte olduğu gibi, bir eseri meydana getirmeyi birlikte üstlenen yükleniciler arasında, bir grup altında çalışarak bir tiyatro eserini birlikte canlandıran kişiler ve hatta eserin canlandırılmasına yardımcı olan ve ışıkçı, sesçi, dekorcu gibi kişiler arasında ve bunun gibi diğer ihtimallerde, bir borcu birlikte üstlenen kişiler, diğerlerinin alacaklıya verdikleri zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden

dolayı davacının zarar gördüğü ne varki kazıda kullanılan kepçenin davalılara ait olduğuna ilişkin dava dosyasına hiçbir kayıt ve belge ibraz edilmediği gerekçe gösterilerek kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki, yerel mahkemenin vardığı sonuç dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Davacı taraf yargılamanın başından beri duraksamasız haksız fiilin meydana gelmesine neden olan kazıyı davalı şirketin yaptırdığını ileri sürmüş yargılamada da kazı da kullanılan kepçenin dava dışı 3. kişi durumunda bulunan C. G. 'ye ait olduğunu adı geçen davalı şirketin taşeronu olduğunu açıklamış bu açıklamaların dayanağı olarak dava dosyasına bir takım kayıt ve belgeler ibraz ederek ayrıca tanık deliline de dayanmıştır. Gerçekten mahkemece dinlenen davacı tanıkları dava dilekçesi ekinde dava dosyasına ibraz edilen ve davacı idarenin görevlilerince düzenlenen tutanak ile bölgedeki jandarma görevlisinin de katıldığı tutanaktaki beyanları doğruladıkları gözönüne alındığında Borçlar Kanununun 55 ve 100. maddeleri hükmü çerçevesinde işveren konumundaki davalı şirketin haksız eyleminden ve meydana gelen zarardan davada taraf olmayan dava dışı kazıda kullanılan kepçenin sahibi taşeronla birlikte zincirleme sorumlu olacağı kuşkusuzdur...” (KİB).

³⁷⁹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 257 vd.

³⁸⁰ “Solidarschuldner”.

³⁸¹ “Gemeinsame Hilfsperson”.

³⁸² Koller, **101**, s. 133.

³⁸³ Koller, **101**, s. 133.

sorumluluk hükmüne göre de sorumlu olacaklardır.

Ancak, örneğin, alacaklının bir düğün organizasyonu için farklı yerlerden tuttuğu orkestranın, şarkıcının ve sahne gösteri ekibinin, bir restorasyon işi için anlaşılmaya vardığı elektrikçi, suyu ve sıvacının, içlerinden birinin ortaya çıkarmış olduğu zararlardan dolayı, her ne kadar aynı işi fiilen ve hatta çoğu zaman da bir bütünlük içinde yapıyor olsalar da, birbirlerinin yardımcı kişileri olarak değerlendirmelerine ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüyle sorumlu olmalarına imkan bulunmayacaktır³⁸⁴. Bu kişiler arasında, yalnızca birlikte çalışma yapmak yönünde bir arzu da bulunmamaktadır. Bu arzu ve irade alacaklının kendisinden doğmaktadır. Yok eğer, birbirlerinden farklı uzmanlık alanlarına sahip olmakla birlikte, işi bir arada ve beraber yapma şartıyla sözleşme ilişkisine dahil olmuş olsalardı, olayın cevabı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarının gerçekleşmiş olduğu yönünde olumlu olarak değişir idi.

Yine kanuna göre birlikte üstlenilmesi gereken bir işin mevcut olduğunu ve bu işi birlikte üstlenmesi gereken diğer tarafın ise tekel konumunda olduğunu düşünelim. Normal şartlarda işi birlikte üstlenerek ifa eden tarafların birbirinin yardımcı kişisi gibi nazara alınacağını ve ona göre sorumlu olacaklarını söyleyecektik. Böyle bir ihtimalde ise, işin yürütülmesinde birlikte çalışılan kişi tekel konumunda olduğu için, diğer sorumlu yüklenicinin seçme iradesi bulunmadığından dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, örnekteki tekel konumu ortadan kaldırıp yalnızca bir başka yardımcı kişiye başvurma zorunluluğunu bıraktığımızda ise, yine borçlunun seçme iradesinin varlığından bahsedebildiğimizden dolayı, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa göre sorumlu olmasını kabul edebileceğiz.

Burada, birden fazla kişinin sorumluluğunu kaleme alan bir düzenleme olması vasfıyla, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu'nun ilgili maddesinin değerlendirmesini yapabiliriz. Şöyle ki, bu kanunun 3. maddesinde, yapı denetim

³⁸⁴ Orkestra gibi bir müzik grubunun, organizatörün yardımcı kişisi sayılabileceklerine ilişkin olarak ayr. bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 105.

kuruluşlarının³⁸⁵, denetçi mimar ve mühendislerinin³⁸⁶, proje müelliflerinin³⁸⁷, laboratuvar görevlilerinin³⁸⁸ ve yapı müteahhidinin³⁸⁹ yapı denetim kuruluşunun denetlemekle görevli olduğu yapının, mevzuata aykırı inşasından dolayı, yapı sahibi³⁹⁰ ve ilgili idareye³⁹¹ karşı kusurları oranlarınca sorumlu olduklarını düzenlenmektedir³⁹².

İlk olarak bu hüküm çerçevesinde, yapı denetimi ile ilgili sayılan şahıslar, üzerlerine aldıkları bu işten dolayı yapı sahibine karşısı sorumlu olacaklardır³⁹³. Dolayısıyla burada, bir zarar meydana gelmesi halinde, yalnızca iş sahibiyle aralarında sözleşme ilişkisi bulunan yapı denetim firması değil, aynı zamanda fiilleri neticesinde kanuna aykırılık oluşturan kişilerin de sorumlu olacaklarını

³⁸⁵ YDHK md. 1/2-ı: “...Yapı denetim kuruluşu: Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişiyi, ...”.

³⁸⁶ YDHK md. 1/2-l: “...Denetçi mimar ve mühendis: İlgili mühendis ve mimar meslek odalarına üyeliği devam eden ve Bakanlıkça denetçi belgesi verilmiş mühendis ve mimarları, ...”.

³⁸⁷ YDHK md. 1/2-k: “...Proje müellifi: Mimarlık, mühendislik tasarım hizmetlerini iştigal konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek ve tüzel kişiyi, ...”.

³⁸⁸ YDHK md. 1/2-m: “...Laboratuvar: İnşaat ve yapı malzemeleri ile ilgili ham madde ve mamul madde üzerinde ilgili standartlarına veya teknik şartnamelerine göre ölçüm, muayene, kalibrasyon yapabilen ve diğer özelliklerini tayin eden, Bakanlıktan izin almış tesisi, ...”.

³⁸⁹ YDHK md. 1/2-j: “...Yapı müteahhidi: Yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden veya ticarî amaçla ya da kendisi için şahsî finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı, gerçek ve tüzel kişiyi, ...”.

³⁹⁰ YDHK md. 1/2-c: “...Yapı sahibi: Yapı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan gerçek ve tüzel kişileri...”.

³⁹¹ YDHK md. 1/2-b: “...İlgili idare: Belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulamalar için büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyeleri, bu alanlar dışında kalan alanlarda valilikleri, yapı ruhsatı ve kullanma izin belgesi verme yetkisine sahip diğer idareleri, ...”.

³⁹² YDHK md. 3: “...Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır...

...Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi; bu Kanunun uygulanmasından dolayı ortaya çıkan yapı hasarından sorumludur...”.

³⁹³ Ayrıca, (örneğin inşaat işlerinde kullanılan) bilirkişi niteliğine haiz kişilerin, yüklenici bakımından yardımcı kişi sayılabileceklerine ilişkin olarak bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 113; ayr. genel olarak bilirkişiler bakımından bkz. HMK md. 285/1: “Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler.”.

söyleyebiliriz. Esasen buradaki kanun hükmünde sayılan kişilerin, müteselsil sorumluluk bağıyla birbirlerine bağlı oldukları değil, kusurları oranında yapı sahibine karşı sorumlu oldukları ifade edilmektedir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları açısından incelendiğinde, söz konusu hükmün (md. 3) olmaması ihtimalinde de, iş sahibi ile denetim konusunda anlaşma yapan denetim firmasının, bu denetim işlerini yaparken kullandığı kişilerin fiillerinden sorumlu olacağını söyleyebilecektik.

Diğer taraftan, YDHK md. 5'deki “*Yapı denetimi hizmet sözleşmeleri yapı sahibi ile yapı denetim kuruluşu arasında akdedilir...*” hükmü gereğince, yapı denetimi hizmet sözleşmesi, yapı sahibince³⁹⁴ yapılacaktır³⁹⁵. Yapı denetim firmasının yapı sahibine karşı sözleşmeden doğan bir borç altına girdiğini de görmekteyiz; ki yapı denetimi firması, eserin yapı sahibine teslimine kadarki süreçte, ortaya çıkarılan eserin “*ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına*” uygun olduğunu denetlemekle yükümlüdür. Ayrıca yüklenici de işi, sözleşme ve diğer inşaa kurallarına uygun şekilde teslim etmelidir. Bu iki şahıs da, yapı/iş sahibine karşı, yapının belirlenen niteliklerden olmamasından doğacak zararlardan sorumludurlar. Kısacası, inşaat sözleşmesinin tarafı olan ve yapıyı hatalı olarak inşa eden yüklenici de, yapı denetim sözleşmesine aykırı olarak mevzuat ve inşaa kurallarına aykırı inşaa edilmiş inşaaata onay veren yapı denetim kuruluşu da ortaya çıkan yapı hasarlarından³⁹⁶ sorumlu olmalıdır. Dolayısıyla kanaatimizce, TBK md. 61'deki “*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*” hükmünün burada da uygulanması uygun olacaktır.

Ancak, burada dikkat etmek gerekir ki, yapı denetim firması, yüklenicinin

³⁹⁴ Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğü'nün, yapı hizmet sözleşmesi örneğinde de, taraflardan birisi “*yapı sahibi....veya adına hareket eden...*” şeklinde düzenlenmektedir. Bkz.: çvr. <http://www.yds.gov.tr/dosyalar/1367331286-EKLER%206.pdf>, sz. 01.07.2017.

³⁹⁵ Gerçi bu örnekte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa paylarının başlangıçta yükleniciye devredildiği durumlarda, arsa sahibinin yanında yüklenicinin de malik sıfatıyla bu sözleşmeyi yapabileceğini de belirtmek gerekir.

³⁹⁶ YDHK md. 1/2-h “*...Yapı hasarı: Kullanımdan doğan hasarlar hariç, yapının fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılması nedeniyle yapıda meydana gelen ve yapının kullanımını engelleyen veya yapıda değer kaybı oluşturan her türlü hasarı, ...*”.

işçilerinin kötü inşa ettiği esere onay vermekle birlikte, onların doğurduğu hasarlardan da tıpkı yüklenici gibi sorumlu olacak ise de, bu sorumluluk, yukarıda belirttiğimiz yapı hasarı'na ilişkin zararların kapsamı dışına çıkamayacaktır³⁹⁷. Dolayısıyla yüklenicinin işçilerinin anlık olarak verdikleri bir zarardan sorumlu olmayacaktır³⁹⁸. Buradaki yapı zararı, yükümlülüğe uygun bir yapı denetimi yapılsa idi yapının alacağı hal ile, gerçekleşen hatalı denetim neticesinde ortaya çıkan hal arasındaki değer farkı olarak ifade edilebilir³⁹⁹. Yapı denetim firmasının burada ifade bulan ve sorumlu olduğu zarar türünün, müspet zararı teşkil ettiği ifade edilmektedir⁴⁰⁰. Aynı şekilde, tıpkı temsil edilenin, yetkisiz temsilcinin yaptığı işi onamasıyla birlikte işi olumlu ve olumsuz sonuçlarıyla kabul etmiş olması gibi, burada da inşa sırasındaki (inşaat ile ilgili) olumsuz fiillerin doğurduğu zararlardan da, (ancak onama anından itibaren) yapı denetim firmasının da sorumlu olması gerekecektir. Esasen kanunda da, yapı kullanma izni alındıktan sonra yapılacak izinsiz işlerden dolayı, yapı denetim firmasının sorumlu olmadığı belirtilmiştir⁴⁰¹.

Diğer taraftan, yapı denetim kuruluşlarının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüyle, yapı sahibine karşı sorumlu olabileceğini de söylemek gerekir⁴⁰². Bu sebeple, yapı denetim kuruluşu, kullandığı (bağımlı veya bağımsız) mimar, mühendis, denetçi, işçi vs. gibi kişilerin fiillerinden dolayı da, yapı sahibine karşı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince de sorumlu olacaktır⁴⁰³. Örneğin, yapı denetim kuruluşunun, yukarıda saydığımız kişilerden birisinin, yapı

³⁹⁷ Bkz. Halil Yılmaz, **Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 166.

³⁹⁸ Dolayısıyla, yüklenicinin işçilerinin, iş sahibine karşı doğrudan haksız fiil ile verdikleri herhangi bir başka zarar, yapı denetim firmasının değil, doğrudan yüklenicinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna neden olacaktır.

³⁹⁹ Yılmaz, **Yapı**, s. 166.

⁴⁰⁰ Yılmaz, **Yapı**, s. 166.

⁴⁰¹ Bkz. YDHK md. 3: "...Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilatın doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemi alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir..."

⁴⁰² Yılmaz, **Yapı**, s. 180 vd.

⁴⁰³ Yılmaz, **Yapı**, s. 182.

sahibinin şahsına veya sahip olduğu yapıya bir maddi zarar vermeleri halinde; veya yapıdaki aksaklıkları görmelerine veya görmeleri gerekmelerine rağmen kasten veya ihmâl suretiyle hukuka aykırı rapor tanzim etmeleri halinde, ortaya çıkacak zararların tazmini de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı içinde değerlendirilecektir.

IV. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğun Doğrudan ve Kıyasen Uygulanacağı Özel Durumlar

A. Genel Olarak

Çalışmamızda incelediğimiz üzere, yardımcı kişilerin kullanılması hallerinde doğan zararların tazmini noktasında, gerek yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddesi, gerekse de yardımcı kişi kullanılan işlerin düzenlendiği özel hükümler, değerlendirme bakımından önemli rol oynamaktadır. Ancak incelendiğinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından birisi olan borç ilişkisinin varlığı, her zaman yukarıda işlediğimiz örnek ve konulardaki temellere dayanmayabilir. Sözün kısası, günlük yaşamda, meydana gelen bir zarar borç ilişkisi kapsamında ortaya çıkmamış olabilir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğrudan veya kıyasen uygulanmasının gerekliliğini akıllara getiren durum, henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında meydana gelen bir zarardan kaynaklanabileceği gibi, temelini dürüstlük kuralından alan herhangi bir borç ilişkisi neticesinde de ortaya çıkabilecektir⁴⁰⁴.

Yukarıda kısaca ifade ettiğimiz üzere, mevcut bir zarar karşısında borca aykırılık hükümlerine dayanabilme imkanı (kusurun ispatı, zamanaşımı süreleri, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden yararlanabilme gibi), haksız fiillerden dolayı sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanmak karşısında, bariz şekilde avantajlı konum sağlamaktadır. Uygulama ve teoride öyle bazı durumlar vardır ki, zarar veren ile zarar gören kişi arasında kural olarak hiçbir şekilde bir borç ilişkisi olmamasına rağmen, borç ilişkilerine ilişkin hükümlere gidilebileceği ifade

⁴⁰⁴ Şenocak, **Yardımcı**, s. 265.

edilmektedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, doktrinde (aksi görüşler de söz konusu olmakla birlikte), kural olarak bir borç ilişkisi bulunmaması nedeniyle haksız fiil hükümlerine tabi olması beklenen bazı durumlarda, mevcut bir borç ilişkisi, bir sözleşme varmış gibi hareket edilmekte ve borca aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰⁵. Hatta Alman doktrininde bu kurumun uygulanma sahasının oldukça geniş değerlendirilmesi neticesinde, haksız fiillere ilişkin hükümlerin uygulama alanlarının, borca aykırılıktan doğan sorumluluk lehine olacak şekilde, oldukça daralmış olduğu da ifade edilmektedir⁴⁰⁶.

Aşağıda, bahsettiğimiz bu hukuki düşünüş tarzının sonucu olarak geliştirilmiş ve bizim de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanması noktasında bağlantı kurabileceğimiz teorilerden bahsedeceğiz⁴⁰⁷.

B. Dürüstlük Kuralına Dayandırılan Borç İlişkileri

1. Sözleşme Öncesi Kusurlu Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)

a. Genel Olarak

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanması bakımından değerlendirmemiz gereken ilk kurumumuz, güven ilkesi⁴⁰⁸ ile de ele

⁴⁰⁵ Bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 37 vd.

⁴⁰⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 37, Pn. 132.

⁴⁰⁷ Ortada klasik anlamda bir sözleşme bulunmamasına rağmen, sözleşme ilişkilerine uygulanacak hükümlerin değerlendirilmesi anlamında, (*Quasivertragliche Ansprüche*) sözleşme benzeri ilişkiler olarak ayr. bkz. Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1470 vd.

⁴⁰⁸ “*Vertrauensprinzip*”, Zerres, **a.g.e.**, s. 143; ayr. inc. Marc Leonhard, “Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der Vertraglichen Haftung”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 199, 1999, s. 661 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1476; Güven sorumluluğu için ayr. inc. Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1712 vd.; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 52.01 vd.

alınan, sözleşme öncesi sorumluluk konusudur⁴⁰⁹.

Elbette, başta culpa in contrahendo sorumluluğu olmak üzere teoriler değerlendirilirken, temel noktasını haksız fiil sorumluluğu⁴¹⁰, sözleşmesel sorumluluk⁴¹¹ veya başka temellere dayandıran görüşlere⁴¹² ulaşmak mümkün olabilecektir⁴¹³. Ancak, konu kapsamını daha fazla aşmamak adına, bunları tek tek incelemeyeceğiz⁴¹⁴. Yukarıda bahsettiğimiz düşünüş tarzı neticesinde ortaya çıkan teorilerden ilki, culpa in contrahendo sorumluluğunu borca aykırılığa ilişkin hükümler vasıtasıyla ele alan fikirdir⁴¹⁵. Kısaca culpa in contrahendo, sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışlar⁴¹⁶ neticesinde ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan sorumluluğu ifade etmektedir⁴¹⁷. Diğer taraftan culpa in contrahendo

⁴⁰⁹ Dreyer, **a.g.e.**, s. 36; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 23; Kramer/Peter, **a.g.e.**, s. 39: Yine özellikle, iş hukuku bakımından da, birçok kuralın dürüstlük kuralına atıf yapılmak suretiyle doktrinle geliştirildiği veya yargı organlarınca ortaya konulduğunu ifade etmek gerekir; ki bu gibi dürüstlük kuralına dayandırılan hususlar, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında da sorumluluğun geniş olarak uygulanabilmesi konusunda bize yardımcı olabilmektedir.; Jörg Neuner, “Der Schutz und die Haftung Dritter nach Vertraglichen Grundsätzen”, **JuristenZeitung**, 1999, s. 135; Bu hukuki kurumun pozitif bir düzenleme olarak ilk kez 1794 tarihinde Prusya Umumi Memleket Kanunu’nda (ALR) düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Emmerich, **a.g.e.**, s. 73.; İnc. Wolfgang Küpper, **Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der Culpa in Contrahendo**, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, s. 37 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1524 vd.

⁴¹⁰ İnc. Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 429, Pn. 20.

⁴¹¹ İnc. Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 428 vd., Pn. 19; Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 9.

⁴¹² Üçüncü bir teori olarak, her iki teorinin birlikte değerlendirilmesi noktasında inc. Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 429, Pn. 21.

⁴¹³ Bu kavramla birlikte taraflar arasında, hazırlık faaliyetleri, sözleşme olmayan dönem ve görüşme aşamalarında özel bir hukuki ilişkinin varlığına dair doktrindeki farklı görüşlere ilişkin bkz.: Karl Spiro, “Die Haftung für Abschluß- und Verhandlungshelfen”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C. 105, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1986, s. 621; Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 428, Pn. 18 vd.

⁴¹⁴ Ayr. bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 3 vd; Hamdi Yılmaz, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur «Culpa In Contrahendo» Ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi**, C. 11, S. 3, 1985, s. 234.

⁴¹⁵ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 9; Dreyer, **a.g.e.**, s. 36; Bucher, **a.g.e.**, s. 278 vd.; (*Vertrauenshaftung*) Güven sorumluluğunun, (*Culpa in Contrahendo*) sözleşme öncesi sorumluluk ile (*Prospekthaftung*) beklenti sorumluluğu farklılığına ilişkin bkz. Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 242; ayr. Claus-Wilhelm Canaris, **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, s. 459 vd.

⁴¹⁶ “*Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung*”, Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 56, Pn. 73.

⁴¹⁷ Luggauer, **a.g.e.**, s. 58; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 56, Pn. 73; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 37, Pn. 133; Ergüne, **Culpa**, s. 909; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 314, Pn. 919.

sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk hükümleri dışında değerlendirildiğinde ise, yardımcı kişi kullanan tarafın sorumluluğu bakımından adam çalıştırının sorumluluğunun uygulanacağını, diğer durumda ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanacağını belirtebiliriz⁴¹⁸. Kısacası, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, (*culpa in solvendo* - sözleşme esnasında) veya (*culpa in contrahendo* - sözleşme görüşmeleri esnasında) doğabilecek olduğu kabul edilmekle birlikte, sorumluluğun dayanağı bu görüşlerden hangisinin kabul edildiğine göre değişecektir⁴¹⁹.

Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında (örneğin, henüz görüşmeler aşamasındaki bir durumda doğabilecek zararların da sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilebileceği paralelinde) Alman Medeni Kanunu'nun hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri borç ilişkileri başlıklı⁴²⁰ 311. paragrafının ikinci fıkrası⁴²¹ örnek gösterilmektedir⁴²². Yine, Alman Yüksek Mahkeme kararlarında da, sözleşme öncesi sorumluluğun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verecek şekilde ele alındığı ifade edilmektedir⁴²³. Türk hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğu 6098 sayılı kanun kapsamında da ayrı ve açık bir hükümle ele alınmamış olmakla birlikte, bu kurumun doktrin ve yargı uygulamasında yer

⁴¹⁸ Koller, **Dritten**, Pn. 65; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 158; Wien, **a.g.e.**, s. 103; Bickenbach, **a.g.e.**, s. 12 vd.

⁴¹⁹ Spiro, **Verhandlungsgehilfen**, s. 620; Müller, **Handkommentar**, Art. 55, Pn. 29; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 142 vd.; Bu konuda (OR art. 55) TBK md. 66 anlamında adam çalıştırının sorumluluğuna veya (OR art. 101) TBK md. 116 anlamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilebilmesi noktasındaki farklı bakış açıları bulunmasına ilişkin olarak bkz. Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 432, Pn. 32 vd.; tartışmalı olduğuna dair BGE 108 II 419.

⁴²⁰ “*Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*”.

⁴²¹ Bkz. BGB § 311/2: “*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch*

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. ähnliche geschäftliche Kontakte.”

⁴²² Zeres, **a.g.e.**, s. 92; Wien, **a.g.e.**, s. 100; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 281 vd.; Emmerich, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Schwarze, **a.g.e.**, s. 479; Wörlen/Metzler-Müller, **a.g.e.**, Pn. 270a; Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 211 vd.; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 3; Ergüne, **Culpa**, s. 912.

⁴²³ Bickenbach, **a.g.e.**, s. 12 vd.

aldığında şüphe bulunmadığını da belirtmek gerekir⁴²⁴.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun ele alınma biçimine göre, önümüzde iki yol bulunmaktadır, ki bunlardan bir tanesi haksız fiil sorumluluğu bağlamında adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin TBK md. 66'nın, diğeri ise borç ilişkisine ilişkin hükümler bağlamında (TBK md. 116) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanmasıdır⁴²⁵. Bu konuda hakim görüşün, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında da uygulama alanı bulması gerektiği yönünde olduğu ifade edilmektedir⁴²⁶. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu uygulama kapsamına alacağı düşüncesiyle benimsemek kanaatinde olduğumuz bu görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun temelinde, TMK md. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanan⁴²⁷ ve içeriğinde koruma ve özen yükümlülüklerini barındıran bir kurum bulunmaktadır; ki bu sorumluluk kapsamında, haksız fiillerden sorumluluğa ilişkin hükümler değil, borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁴²⁸.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin benimsediğimiz görüş doğrultusunda, sözleşme daha kurulmamış olmasına rağmen, yardımcı kişilerin vermiş olduğu (sözleşme öncesi) zararlardan dolayı da, borca aykırılık hükümleri⁴²⁹ ve elbette dolayısıyla da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanabilmelidir⁴³⁰. Culpa in contrahendo sorumluluğu doğrultusunda, bir dükkana giren ve yerlerin temiz olmaması nedeniyle (düşen vs.) zarara uğrayan kişi, henüz

⁴²⁴ Rumpf, **a.g.e.**, § 16, Pn. 1 vd.

⁴²⁵ Bickenbach, **a.g.e.**, s. 15.

⁴²⁶ Hatemi, **Organ**, s. 139; Bickenbach, **a.g.e.**, s. 15 ve dn. 54 (Ayrıca karşı görüş için); Alman hukuku bakımından, pozitif hükümler nedeniyle, esasen doğrudan sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik bkz. Emmerich, **a.g.e.**, s. 74; BGE 108 II 419.

⁴²⁷ Ergüne, **Culpa**, s. 911; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 38, Pn. 134.

⁴²⁸ Bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 38, Pn. 133; Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 9; Ergüne, **Culpa**, s. 911 vd.; Yılmaz, **Sözleşme**, s. 251; Şenocak, **Yardımcı**, s. 267.

⁴²⁹ Ergüne, **Culpa**, s. 912.

⁴³⁰ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 161; Rosenthal/Kamnitzer/Bohnenberg, **a.g.e.**, Pn. 847; Koller, **101**, s. 158; Dreyer, **a.g.e.**, s. 36; Kress/Weitnauer/Ehmann, **a.g.e.**, s. 307 vd.; Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 3; bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 436; Şenocak, **Yardımcı**, s. 274 vd.; Zerres, **a.g.e.**, s. 144; Emmerich, **a.g.e.**, s. 123.

sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen, sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında ve dolayısıyla (BGB § 278 – OR art. 101 – TBK md. 116) anlamında da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü kapsamındaki korumadan faydalanabilecektir⁴³¹. Örneğin bir mağazaya giren müşterinin üzerine, mağaza çalışanlarından birinin muşamba rulosu düşürerek yaralanmasına sebebiyet vermesine ilişkin klasikleşmiş somut olayda da, bu yaralanmaya sebebiyet veren kişinin eylemlerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilecektir⁴³². Kısacası, sözleşme ilişkisi içerisinde müstakbel karşı taraf ile temasta⁴³³ bulunan taraf, kendi davranışlarından dolayı sorumlu olduğu gibi, yardımcılarının davranışlarından ve zarar verici fiillerinden dolayı da sorumlu olacaktır⁴³⁴.

Konuyla ilgili olarak, sözleşmenin bu önceki aşamasında taraflar arasındaki farazi bir özel bağın⁴³⁵ bulunduğu ve bu nedenle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin bu noktada da uygulanmasının mümkün olması bir kenara, bunun bir gereklilik olduğu ifade edilmektedir⁴³⁶. Bu görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz. Zira, Roma hukukundan bu yana incelemiş olduğumuz yardımcı

⁴³¹ Wien, **a.g.e.**, s. 101; Zerres, **a.g.e.**, s. 92.

⁴³² Bkz.: Zerres, **a.g.e.**, s. 144.

⁴³³ “Geschäftlicher Kontakt”, Zerres, **a.g.e.**, s. 92.

⁴³⁴ Wien, **a.g.e.**, s. 103; Culpa in contrahendo’nun Yargıtay tarafından da ele alındığını belirtmek gerekir. Örneğin, Yarg. 13. HD, 13.11.1995 T., 1995/9375 E., 1995/9860 K.: “...sav savunma, toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA IN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de; akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar; aktin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. md. 2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Bk. Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, Ankara-1990, Sh. 306 vd.)...” (KİB).

⁴³⁵ “Annahme Sonderverbindung”.

⁴³⁶ Spiro, **Verhandlungsgehilfen**, s. 647.

kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesinin, bir şekilde henüz sözleşmenin kurulmamış olduğu (ve hatta bazen sözleşmeden dönüldüğü) durumlarda da uygulanabilir olması ve karşı tarafın bu imkandan yararlanması gerektiğini düşünmekteyiz; ki bunun aksinin kabul edilmesi, yardımcı kişi kullanan kişilere, istenmeyen keyfiyetler bahsedebilir. Dolayısıyla ifade edebiliriz ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin bu başlık altında uygulanması, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesine aykırı olmadığı gibi, bilakis paralel olacaktır.

Doktrindeki, sözleşmesel sorumluluk kurallarının ve buna paralel olarak da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da culpa in contrahendo⁴³⁷ kavramının uygulanması düşüncesi, içtihatlarla da yansımıştır⁴³⁸. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de vermiş olduğu bir kararında⁴³⁹, kiraya verenin yardımcı kişilerinin hileleri vesilesiyle bir kira sözleşmesinin yapıldığı ve bu sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle uğranılan zararların söz konusu olduğu bir olayda, (her ne kadar kural olarak, geçersizlik nedeniyle ortada bir sözleşme ilişkisinden bahsedilemeyecek de olsa) meydana gelen zararlardan dolayı kiraya veren, (doktrindeki görüşlerin değerlendirilmesine ilişkin atıf yapılmak suretiyle) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin borca aykırılık hükümleri uyarınca sorumlu tutulmuştur.

b. Özellikle Banka - Müşteri İlişkileri Kapsamında

Bu noktada, bankacılık faaliyetleri kapsamlı örnekleri alt bir başlıkta ele almak gerekir. Zira, sonuç kısmında da görüleceği üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulamasının ve bu konuya ilişkin Yargıtay kararlarının çok büyük bir kısmı, bu alanda gerçekleşen örneklerden oluşmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğduğu durumlarda, yardımcı

⁴³⁷ Ayrıca, bu sorumluluk düşüncesinin, İsviçre ve Alman düzenlemelerindeki yanılma ve yetkisiz temsilcilerin fiillerinin ele alındığı maddelerin değerlendirilmesi noktasında da etkili olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 279; ayr. krş. Canaris, **Vertrauenshaftung**, s. 459.

⁴³⁸ Bickenbach, **a.g.e.**, s. 12 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 288.

⁴³⁹ BGE 108 II 419; aynı şekilde bkz. Dreyer, **a.g.e.**, s. 36, 39 vd.

kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine imkan tanıyan (ve benimsediğimiz) görüş çerçevesinde, örnek vermek gerekirse; bir bankada çalışan ve esasen sözleşme yapmaya dahi yetkili olmayan bir personelin verdiği yanlış bilgiler neticesinde, banka, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlere göre sorumlu olabilecektir⁴⁴⁰. Burada, bankanın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümler doğrultusunda sorumlu olmasının mantığı ise, zarara sebebiyet veren ve banka müşterileri nazarında (banka tüzel kişiliğinden kaynaklanan) bir güven konumuna sahip olan bu kişilerin, müşterilerle temas kurabilecek bir imkana sahip olmaları ve bu temas konumunu elde etmelerini sağlayacak fırsatın da borçlu (banka) tarafından kendilerine verilmiş olmasında yatmaktadır⁴⁴¹.

Gerçekten de, bir müşterinin bankaya (mevduat vs.) herhangi bir sözleşme yapma düşüncesiyle girmesi durumunda, bu kişi sözleşmeyi yapmaya karar verse de vermese de, bankanın kendisine verdiği güven neticesinde, bankada çalışan personellerin işe uygun kişiler olduğunu düşünür veya bunun aksini düşünmesine pek imkanı da yoktur. Kısacası seçim yapamaz. Seçimi yapacak olan, karşı taraf, yani banka tüzel kişiliğidir. Bu sebeple müşteri, sözleşme metnine imzalar atılmadan vazgeçip dışarı çıksa da, örneğin, o safhaya kadar banka personeline verdiği bilgilerin güvenliğinden emin olmak ister. Zira bu kişi (sokakta gördüğü herhangi bir kişi ile asla paylaşmayacağı) bu bilgileri, bankanın tüzel kişiliğine duyduğu (veya duymak zorunda kaldığı) güven dolayısıyla, hiç tanımadığı bir banka personeline açıklamaktadır. Kaldı ki, bu bilgilerin kötüniyetli ancak yetkili bir kişiye sunulmuş olması değil, o işle hiç alakası bulunmayan bir kişiye sunulmuş olması halinde de, bankanın sorumluluğuna gidilmek gerekir. Zira sözleşme yapmak için bankaya gelen kişinin, müşteri temsilciliği koltuğunda oturan kişinin, yetkili kişi olduğunu düşünmekten başka bir imkanı yoktur; ki bunun kontrolünü yapması gereken kişi, kendi hakimiyet alanından ve organizasyon çevresinden sorumlu olması gereken

⁴⁴⁰ Şenocak, **Yardımcı**, s. 281; ayr. bkz. BGE 38 II 600.

⁴⁴¹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 281.

banka tüzel kişiliğidir⁴⁴².

Aynı şekilde, sözleşme görüşmeleri sürecinde, kendisini bir temsilci aracılığıyla temsil ettiren kişilerin, *görüşme yardımcıları*⁴⁴³ olarak da adlandırılan bu kişilerin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne göre sorumlu olacakları belirtilmektedir⁴⁴⁴. Kabul ettiğimiz bakış açısına paralel olarak, buradaki sorumluluğun doğabilmesi için, fiillerinden sorumlu olacak kişinin, sözleşme yapma ve temsil etme konusunda yetkili bir kişi, temsilci vs. olmasına gerek yoktur⁴⁴⁵.

Bunun gibi, bankanın güvenlik görevlisinin (para nakliye aracı geldiğinde vs.) silahı ile oynarken karşı binadaki bir kişiyi yaralaması ile bankada hesap açtırmak için sıra bekleyen kişiyi yaralamasını bir tutarak, her iki olayda da adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilmesi uygun olmayacaktır. İkinci ifade edilen kişinin, kurmuş olduğu bu özel ilişki vesilesiyle, (fail karşısında değilse de, banka karşısında) daha fazla korunmaya değer bir noktada olduğu düşüncesindeyiz⁴⁴⁶.

Farklı bir örnek olarak, seyir sözleşmesi yapmak üzere bilet almaya gelen kişilerin, bilet almaları için uygun ortamın düzenlenmesi gerekmektedir; ki buna aykırılık nedeniyle bir zarar meydana geldiğinde, satış yapan kişiler veya satış

⁴⁴² Banka personelinin fiillerinden doğan zararlarla ilgili, bir yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kararı için ayr. bkz. Yarg. 11. HD, 01.07.2014 T., 2014/6542 E., 2014/12634 K.: “...Davacı, davalının çalıştırdığı banka personeline güvenerek ve daha kolay hizmet alabileceğine inanarak, davalı çalışanına boş imzalı dekontlar verdiğini ve bu dekontların üzerinin davalının çalışanı tarafından ödeme yapılmış gibi doldurulduğunu, oysa bu dekontlardaki parayı tahsil ettiğini hatırlamadığını iddia etmiş ve mahkemece de davacının boş dekontları imzalaması sebebiyle kusurlu olduğu kabul edilip davacıya da kusur izafe edilerek karar verilmiştir. Ancak, 818 Sayılı BK'nın 100. maddesi gereğince davalı banka, çalışanının kusurundan ötürü tamamen sorumlu olup, davacı söz konusu boş dekontları 3. bir şahsa değil de davalı çalışanına verdiğine göre, somut uyuşmazlıkta davalı bankanın BK'nın 100. maddesindeki sorumluluk koşulu gerçekleşmiştir. Bu durumda mahkemece davacıya kusur izafesi doğru olmayıp, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir...” (KİB).

⁴⁴³ “Verhandlungsgelhilfen”.

⁴⁴⁴ Ergüne, **Zarar**, s. 132; inc. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 515.

⁴⁴⁵ Ergüne, **Zarar**, s. 132.

⁴⁴⁶ Elbette, burada ifade ettiğimiz husus, borçlu bankanın sorumluluğuna ilişkindir. Yoksa zaten, yaralanan kişiler, haksız fiil faili karşısında (belki somut olayın gelişme şekline kaynaklanan kusur farklılıkları olabilecek ise de) hukuken aynı kapsamda korunmaktadırlar.

organizasyonunun aksaması nedeniyle müstakbel seyirciler bir zarara uğradığında, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğacağını belirtmeliyiz⁴⁴⁷. Dolayısıyla, satışı yapan özel kuruluş, federasyon veya spor kulübü, yaşanan bir izdiham başta olmak üzere, bu gibi olayların doğurduğu zararların tazmini ile karşı karşıya geldiklerinde, aralarında henüz bir sözleşme ilişkisi bulunmadığını ve hatta biletini alan kişi ile akdin tamamlandığını, dolayısıyla da herhangi bir sözleşmesel sorumluluk altında bulunmadıklarını iddia edememelidirler. Bu sebeple, sözleşmenin öncesinde, sözleşme içerisinde ve hatta ifanın sonrasında, borçlunun hakimiyet alanında ve onun düzenlemesi gereken saha içerisinde meydana gelen zararlardan ve dolayısıyla da yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı, TBK md. 116 hükmünün uygulanması gerekmektedir.

Bu konudaki örneklerin kapsamını genişletmek mümkündür. Örneğin, daha önce istihdam edilmiş olan bir personelin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra verdiği zararlardan dahi (örneğin, banka çalışanının veya çağrı merkezi görevlisinin ve hatta bir hastane çalışanının görevi vesilesiyle elde etme imkanı bulduğu bilgileri ve özellikle kişisel hususları, iş sözleşmesi bir şekilde sona erdikten sonra kullanması neticesinde zararlara, dolayısıyla sorumluluğa sebebiyet vermesi), istihdam eden kişinin, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlu olması gerekebileceği ifade bulmaktadır⁴⁴⁸; ki bu hususa aşağıda (sözleşmenin ard etkisi başlığında) değineceğiz.

Diğer taraftan bazı hallerde, taraflar bir sözleşme kurmak konusunda anlaşmış olmalarına rağmen, sözleşme hüküm ifade etmeyebilir. Banka örneği üzerinden devam edecek olursak, yetkisiz bir kişinin müşteri ile sözleşme yaptığı bir durumda, kural olarak müşteri, hata hükümleri⁴⁴⁹ ile, banka ise yetkisiz temsil hükümleri⁴⁵⁰ ile, sözleşmeden dolayı sorumlu olmayabileceklerdir. Ancak böyle bir halde de, bizim de

⁴⁴⁷ Petek, **a.g.e.**, s. 694.

⁴⁴⁸ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 163 vd. ve s. 164 dn. 14.

⁴⁴⁹ Bkz. TBK md. 30: “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.”.

⁴⁵⁰ Bkz. TBK md. 46: “Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar...”.

kabul ettiğimiz şekilde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğması gerektiği ifade edilmekte⁴⁵¹ ve temsil olunanın, müşterinin menfi zararını karşılaması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵². Paralel şekilde, yardımcı kişinin korkutması dolayısıyla sözleşme yapan kişiler arasındaki durum da, yine culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde ele alınmaktadır⁴⁵³.

Belirtmek gerekir ki, somut olaylarda zararın doğmuş olması dışında, buna kimin sebebiyet verdiği, zarar verici eylemlerin kimin hakimiyet sahasında gerçekleştiğini de göz önüne almak gerekir. Örneğin, kullanıcı bilgilerinin korunması, müşterilerin müşteri ilişkisi çerçevesindeki tehlikeye düşebilecek haklarının korunması kapsamında gerekli önlemlerin alınması bakımından, bankalar gibi kurumların çok katı sorumlulukları olduğunda şüphe yoktur; ki bu hususları Yargıtay kararları ve doktrindeki ifadeler üzerinden verdiğimiz örnekler vesilesiyle de anlayabilmekteyiz. Dolayısıyla, bankaların bilgilendirme ve gerekli önlemleri alma⁴⁵⁴ noktasında sorumluluklarının bulunduklarını ifade etmek gerekir⁴⁵⁵. Bu

⁴⁵¹ Küpper, **a.g.e.**, s. 310 vd.; Ergüne, **Zarar**, s. 131.

⁴⁵² Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 282 vd., dn. 54; Ergüne, **Zarar**, s. 131.

⁴⁵³ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 116, Pn. 374.

⁴⁵⁴ Önlemler kapsamlı örneklerle ilişkin olarak bkz.: Emrehan İnal, “İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, 374 vd.

⁴⁵⁵ İnal, **İnternet**, s. 373; birden fazla bankanın bir arada bulunduğu, bankaların sorumluluk alanına ve bankaların ifa yardımcısı olabileceği kavramlarına örnek teşkil edebilecek somut bir karar için ayr. bkz. Yarg. 11. HD., 7.3.2016 T., 2015/14384 E., 2016/2495 K.: “...Davacı vekili, müvekkilinin Çin menşeli (...) Co. Ltd. unvanlı firmadan mal ithal ettiği, tedarikçi firmanın e-mailinden aldığı banka hesap bilgileri doğrultusunda mal bedelini aynı firmanın (...) Bank PLC hesabına gönderilmesi için bizzat alıcı firmanın da ismi belirtilmek suretiyle davalı bankaya talimat verdiğini, ancak tedarikçi firmanın e-posta adresinin üçüncü kişiler tarafından ele geçirildiğinin anlaşıldığını, müvekkilinin talimatında ödemenin özellikle (...) Co. Ltd'ye yapılmasını istediği halde lehdar banka tarafından ödemenin başka kişiye yapıldığını ileri sürerek (...) USD'nin en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı tarafından verilen talimat uyarınca müvekkilinin bildirilen IBAN numarası ve unvana havale gönderdiğini, davacının düzeltme talimatı ile IBAN numarasının yanlış bildirildiğini belirtmesi üzerine derhal muhabir bankaya bilgi verildiğini, ancak muhabir bankaca ilk verilen talimata binaen tutar lehdar bankaya ödendiğinden düzeltmenin yerine getirilemediğini, müvekkilinin verilen bilgilerle bağlı olduğunu, IBAN ve isim bilgilerinin tutup tutmadığının müvekkilince tespit edilemeyeceğini, bu yönde bir yükümlünün de bulunmadığını, bu bilgilerin ancak lehdar banka tarafından denetlenebileceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

sebeple, banka personelleri tarafından verilen, bankanın alması gereken önlemleri almamasından kaynaklanan sistemsal aksaklıklardan doğan ve hatta bankanın hakimiyet alanında üçüncü kişiler tarafından verilen zararlardan dolayı, bankaların hukuki sorumluluğunun bulunacağına tereddüt etmemek gerekir. Ancak, bankanın hakimiyet alanında gerçekleşmeyen, örneğin kullanıcının kendi dikkatsizlik ve özensizliğinin kaynaklık ettiği somut olaylarda ise, doğrudan bankanın sorumlu olduğunu ifade etmek mümkün olmayacaktır⁴⁵⁶.

Ayrıca, tıpkı bir banka içerisinde gerçekleşen bir hırsızlık olayından dolayı, bu olayın gerçekleştiği yerin bankanın hakimiyet ve tasarrufundaki bir alan olması sebebiyle, bankanın da sorumlu olduğu düşüncesine paralel olarak; aralarında seyahate ilişkin (şehir içi veya şehirler arası) bir sözleşme ilişkisi bulunan taraflardan biri olan yolcunun, cep telefonu gibi bir eşyasını otobüste unutması ve yolculardan birisinin bunu şoför, muavin, hostes gibi taşıyıcı firma personellerinden birisine vermesine rağmen, bu kişilerin unutulmuş şeyi emniyete almaktan kaçınması veya bu şeyi personellerden birinin kasten zimmetine geçirmesi gibi sayabileceğimiz hallerde de, tarafar arasındaki sözleşme ilişkisi kural olarak (yolcu parasını ödemiş, sürücü de yolcuyu gitmek istediği yere getirmiş) son bulmuş olsa da, zararın oluşmasına imkan tanıyan veya doğrudan zarara sebebiyet veren personellerinin fiillerinden dolayı da, taşıyıcı firmanın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olmaları uygun olacaktır.

Yukarıdaki paragrafta verdiğimiz en son örnek, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, sözleşmenin ifası esnasını aşan sürede de ortaya çıkacağına ilişkin

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacı ile davalı banka arasında akdi ilişki bulunduğu, davalı bankanın bu ilişkiyi ifa yardımcısı dava dışı The Bank of (...) Bank aracılığıyla gerçekleştirdiği, davalı bankanın TBK'nın 116'ncı maddesi gereği dava dışı The Bank of (...) Bank isimli bankaların yaptığı işlem sonucu zarar gören davacıya karşı tam sorumlu olduğu, ödemeye görevli'ın, lehdarın farklı olduğu kendisine bildirilen mesajda belli iken, herhangi bir teyide lüzum görmeden salt IBAN numarasını nazara alarak transfer etmesi gözüne alındığında davacının kusuru sayılamayacağı gibi davalı banka lehine bu nedenle kusur indirimi de yapılamayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne, (...) USD'nin temerrüt tarihi olan 10.06.2013 tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun'un 4/a maddesi uyarınca kamu bankalarının aynı yabancı para türünden bir yıl süreli mevduata uyguladıkları en yüksek faizi ile birlikte fiili ödeme tarihindeki TCMB'nin döviz satış kuru üzerinden davalıdan tahsiline karar verilmiştir..." (LHBS).

⁴⁵⁶ İnal, **İnternet**, s. 368 ve konuya ilişkin görüşlerin irdelenmesi için ayr. bkz. s. 368 vd.

güzel bir örnek teşkil etmektedir, ki bu konuya ayrıntılı olarak aşağıdaki başlıklarda da değinmekteyiz.

c. Yardımcı Kişinin Durumu

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bahsinde, Culpa in Contrahendo ile ilgili olarak pek de cevaplanmadığı belirtilen bir soru olan, yardımcı kişinin böyle bir sorumlulukta hangi dayanakla sorumlu tutulacağı sorusunu kısaca düşünmek gerekir⁴⁵⁷. Bu konudaki problemin çözümü için yetkisiz temsilcinin onanmayan davranışlarından dolayı sorumluluğunun (OR 39, TBK 47) uygulanabileceği ele alınmıştır⁴⁵⁸. Gerçekten de, sözleşme görüşmeleri esnasında, müstakbel sözleşme tarafları arasındaki sorumluluk, sözleşmesel sorumluluk düşüncesiyle çözümlenebilse de, yardımcı kişinin nihai olarak dahi sözleşmenin tarafı olmayacak olması, durumu farklılaştırmaktadır. Zira, yardımcı kişi ile müstakbel taraf, kendi aralarında bir sözleşme ilişkisi kurmak için bir arada değildirler. Dolayısıyla, bu iki kişi arasında kurulması planlanan bir sözleşmesel ilişki yoktur ki, taraflar sözleşme öncesi kusurlu davranışlar kapsamında ele alınsınlar. Dolayısıyla böyle bir halde, yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin veya diğer başka fiiller ile başka türlü zararların da meydana gelmiş olması halinde ise, yerine göre haksız fiil hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Ancak, bir diğer bakış açısına göre ise, burada her ne kadar temsilci, asıl sözleşmenin taraflarından birisi olmasa bile⁴⁵⁹, karşı taraf üzerinde yarattığı güven ve etkisi düşünüldüğünde, edimden bağımsız borç ilişkisi kavramına da atıf yapılmak suretiyle sorumlu kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Buradaki bakış açısının, BGB 311/III'te düzenlenen hüküm⁴⁶¹ doğrultusunda, yasal bir altyapıya da sahip olduğu ifade

⁴⁵⁷ Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 433, Pn. 33.

⁴⁵⁸ Bkz.: Koller, **Allgemeiner Teil**, s. 433, Pn. 33.

⁴⁵⁹ Bkz. Akyol, **a.g.e.**, s. 3.

⁴⁶⁰ Ergüne, **Zarar**, s. 135 vd.

⁴⁶¹ “Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die

edilmektedir⁴⁶². Bahsi geçen hüküm incelendiğinde, “aynı kanunun bir diğer hükmü olan “§ 241 Abs. 2”⁴⁶³ hükmüne göre yükümlülükler barındıran bir borç ilişkisi, esasen sözleşmenin tarafı olmayan kişiler bakımından da meydana gelebilecektir” denilmekte; aynı fıkranın devam eden cümlesinde ise, “böyle (ilk cümlede ifade ettiğimiz anlamda) bir borç ilişkisi, özellikle, üçüncü kişinin kendisi için bir güven sağladığı, sözleşme görüşmelerinde ya da sözleşmenin kurulmasında önemli ölçüde etkisi bulunduğu hallerde meydana gelecektir”, denilmektedir.

Bahsi geçen hükümler incelendiğinde, temsilci veya yardımcı kişinin sorumluluğu noktasında da, bu kişilerin sanki sözleşmenin bir tarafı imiş gibi ele alınabileceği sonucuna varmak gerekecektir. Bu itibar ve madde mantığı dikkate alındığında, her ne kadar benzer bir hüküm İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu içerisinde yer almıyor olsa bile, aynı hukuki yaklaşım tarzının uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bize göre de, somut olayın şartları içerisinde, yukarıda ele alınan bu kriterlerin oluşması halinde, yardımcı kişi gibi kişiler bakımından da edim yükünden bağımsız bir borç ilişkisi kurulduğu sonucuna varılabilmelidir⁴⁶⁴.

Son olarak eklemek gerekir ki, Yargıtay kararına konu olmuş bir somut olayda, taraflar arasında henüz sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, bankaya gelen müşterinin uğradığı bir zarardan dolayı, bankanın sorumluluğuna hükmedilmiştir. Kararı zikretmemizdeki önemli diğer nokta ise, zararın yardımcı kişilerden değil, bu ilişkiye yabancı üçüncü bir kişi tarafından gelmiş olmasıdır. Buna göre Yargıtay, bankaların müşterilerine karşı sahip oldukları rolün önemine

Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.”.

⁴⁶² Ergüne, **Zarar**, s. 137.

⁴⁶³ Bahsi geçen, § 311/III hükmünün atıf yaptığı, § 241/II’de ise, borç ilişkisinde tarafların karşılıklı olarak hak, mal ve menfaatlere saygı göstermeleri hususu düzenlenmektedir.; inc. BGB § 241: “Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.”.

⁴⁶⁴ Bahsettiğimiz bu, edim yükünden bağımsız borç ilişkileri kavramı, aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

dikkat çekerek, bankadaki müşterinin parasının çalınması olayı nedeniyle, bu olayın bankanın hakimiyet sahasında gerçekleşmiş olmasından dolayı, doğrudan bankanın sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir⁴⁶⁵. Esasen böyle bir halde, güvenlik görevlileri gibi kişilerin ihmali fiilleri neticesiyle doğabilecek bir sorumluluğu değerlendirilmeye gerek kalmadan, bankanın kusurunun bulunduğundan dolayı, kusur sorumluluğuna gidilebildiğini de görmekteyiz.

2. Sözleşmenin Ard Etkisi (Culpa Post Pactum Perfectum)

Dürüstlük kuralına dayandırılmak suretiyle açıklanmakta olan teorilerden bir

⁴⁶⁵ Bkz. Yarg. 11. HD, 27.01.2016 T., 2015/10105 E., 2016/901 K.: "...Davacı, davalı bankanın E... Şubesi'nde 30/09/2013 tarihinde hesabına para yatırmak için sırasını beklerken dava dışı 3. şahsın cebinde bulunan parasını çaldığını, davalı bankanın gerekli güvenlik tedbirlerini almaması sebebiyle sorumluluğu bulunduğunu ileri sürerek, 3.800,00TL'nin olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.Davalı vekili, meydana gelen olay sebebiyle müvekkilinin herhangi bir kusur ve sorumluluğunun bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.Mahkemece iddia, savunma, toplanılan deliller, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı banka şubesinde davacının cebinde bulunan 3.800,00 TL'nin dava dışı üçüncü kişi tarafından çalındığı, olaya dair E... C. Başsavcılığı'nın 2013/5808 soruşturma numaralı dosyası üzerinden soruşturmanın yürütüldüğü, davalının objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiği, gerekli tüm önlemleri aldığı, bu sebeple meydana gelen olayda davalıdan kaynaklanan herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.Kararı, davacı temyiz etmiştir.Dava, davalı bankaya para yatırmak için giden davacının parasının banka içinde 3. bir kişi tarafından çalınması sebebiyle tazminat istemine dair olup, mahkemece yukarda özetlendiği şekilde, davalının özen yükümlülüğünü yerine getirdiği ve olayda herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.Ancak; davacı, davalı nezdinde bulunan hesabına para yatırmak üzere banka şubesine gittiğini iddia etmek suretiyle işbu davayı açtığı, davalı da aksini savunmadığına göre, taraflar arasında mevduat sözleşmesi bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Bir güven kurumu olarak, basiretli tacir gibi davranması gereken bankalar, 818 Sayılı BK'nın 99/2 ve 6098 Sayılı TBK'nın 115/3 madde ve fıkraları uyarınca objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan hafif kusurlarından dahi sorumlu olup, banka olmaları sebebiyle de diğer tacirlere nazaran bütün hukuki ilişkilerinde daha yüksek özen borcu altındadırlar. Banka ile müşterisi arasındaki bankacılık işlemleri herşeyden önce güven unsuruna dayanmaktadır.

Somut olayda, davacının parasının, davalı Banka'nın sorumluluk alanı içerisinde çalınması sebebiyle davalının gerekli güvenlik tedbirlerini yeterince aldığından söz edilemeyeceğinden, mahkemenin bu konuda aksi yöndeki kabulü doğru bulunmamaktadır. Kaldı ki, davalının henüz sözleşme kurulmadan önce de, sözleşme hazırlığı aşamasında, akidinin malını koruma yükümlülüğü mevcuttur. Bu itibarla, mahkemece kural olarak, davalı Banka'nın sorumlu olduğu kabul edilip, davacısında zararın doğumunda kusuru bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak, sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..." (KİB).

diğeri ise sözleşmenin ard etkisi olarak da adlandırılan bu teoridir⁴⁶⁶.

“Culpa Post Pactum Perfectum” olarak da isimlendirilen bu teorinin, kısa bir ifade ile, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmenin sona ermesinden sonraki izdüşümü olduğu da ifade edilmektedir⁴⁶⁷. Bu teoriye göre, kural olarak borç ilişkisi sona erdikten sonra, kişiler arasında meydana gelebilecek fiiller ve zararlardan sorumluluklar, esasen haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olması gerekirken, dürüstlük kuralından doğan borç ilişkisi mantığını içeren bu teori kapsamında, taraflar arasında, borç ilişkilerine uygulanacak hükümlerin uygulanması durumu ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁸.

Buna göre, bir mağazaya alışverişini yapmak maksadı ile giren ve alışverişini yapıp parasını ödedikten sonra mağazadan çıkmak üzere ayrılan müşterinin, kapıda (kaygan zemin dolayısıyla) düşmesi olayında, müşterinin uğradığı zararlar veya yine vekalet sözleşmesinin sona erdiği bir durumda vekilin, (sır saklama yükümlülüğünü⁴⁶⁹ ihlal ederek) vekalet verene ait kişisel sır ve bilgileri paylaşması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluklar, borca aykırılığa ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilecek ve dolayısıyla da bu gibi durumlarda sözleşmenin sona erdiğinden bahisle zarar görenin yalnızca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere gitmesi gerektiği ileri sürülemeyecektir⁴⁷⁰. Bazı durumlarda (verdiğimiz vekalet sözleşmesi örneğinde olduğu gibi) ise, esasen bu teoriye gitmeye gerek kalmadan asıl borç ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen, varlığı devam eden diğer bazı borçların ihlalinin de, sorumluluğun hukuki sebebi olarak ortaya

⁴⁶⁶ Claus-Wilhelm Canaris, “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ beinachtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, **JuristenZeitung**, 1965, s. 476; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 73, Pn. 98, “culpa post pactum finitum”.

⁴⁶⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 38, dn. 14.

⁴⁶⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 38, Pn. 136; ayr. inc., “Nachvertragliche Pflichten”, Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 141 vd.

⁴⁶⁹ İnc. Tandoğan, **C. II**, s. 450 vd.; aynı örneği, hizmet sözleşmesi kapsamındaki iş için de verebiliriz, bkz. TBK md. 396/4: “...İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.”.

⁴⁷⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 38, Pn. 136.

konulabilecekleri ifade edilmektedir⁴⁷¹.

Yukarıdaki son paragrafta verdiğimiz ilk örnekte, satış sözleşmesini tamamlayıp mağazadan çıkmaya başlayan alıcının üzerine, satıcının tezgahhtarlarından birisinin yük düşürmesi ve ikinci örnekteki olayda, vekilin kendilerine güvenerek, kendi ifa dairesine girmek konusunda kendisine yetki tanıdığı yardımcılarının birinin, vekille arasındaki vekalet ilişkisi bitmiş olan vekalet verene ait sırlara ve kişisel bilgilere erişerek (üçüncü kişilerle) paylaşması örneklerinde ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir.

Yukarıda⁴⁷², bir firmanın elemanlarından birinin telefon ile sipariş aldığı müşteriye, siparişlerini evinde teslim ettikten sonra, müşteriye telefon yolu ile taciz (ve/veya hakaret) ettiği bir örneği vermiştik. Klasik sorumluluk ayrımları içerisinde kaldığımız zaman, borç ilişkisi bitmiş olarak değerlendirilecek ve sözleşme ilişkisinden kurtulan tarafların birbirlerine verdikleri zararlar, yeni hukuki durumlarına göre ve çoğunlukla da haksız fiil hükümlerine göre belirlenecektir. Dolayısıyla, bu şekilde hareket edilmesi halinde, yemek servisi yapan firma, borç ilişkisi dışında olduğu savunmasıyla, işçisinin davranışlarından dolayı sorumluluğu reddedebilecektir. Esasen gerçekten de, sabah dükkana gelen müşteriye, akşam üzeri başka bir yerde rastlayan işçinin, başka bir nedenle onunla kavgaya tutuşması halinde bu olay, iş, işçi, işveren ve müşteri eksenli ilişkinin tamamen dışında bir noktada yer alacaktır; ki mantık ve normal yaşam tecrübeleri de bunu ortaya koyar. Ancak, yukarıdaki örnekte olduğu gibi bazı somut olaylar vardır ki, bunların ortaya çıkması, borç ilişkisi sona erdikten sonra meydana gelmiş olsa da, alacaklı bakımından korunmayı haklı kılan menfaatlerin varlığını ortaya koyar. İşte bu örnekte de, müşteriye karşı, (haksız fiil faili) yardımcı kişinin, telefon ile taciz ve hakaret fiillerinde bulunabilmesini veya en azından bu fiilleri normalden daha rahat yapabilmesini sağlayan elverişli imkanlar ise müşterinin, yardımcı kişi kullanan

⁴⁷¹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 38, Pn. 136.

⁴⁷² İnc. B. II: I/D/2/b.

borçlu ile arasındaki alım-satım ilişkisi neticesinde artmaktadır.

Sözün kısası, yukarıdaki gibi bir örnekle de anlatmaya çalıştığımız üzere, sözleşmenin asli unsurlarının yerine getirilmesine rağmen dürüstlük kuralı (veya herhangi bir özel hüküm) ile korunan durumlarda da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanmasında bir sakınca olmadığı gibi, bu hususta gereklilik vardır. Aksi durumda verdiğimiz örnekte mağdur, ancak haksız fiil hükümlerine gidecek, en önemlisi de muhtemelen ekonomik olarak daha kötü durumda olan bir kişiyi dava etmek durumunda kalabilecektir; ki bu durum borçlu yemek firmasını, nimete ve külfete beraber sahip olunması gerektiği yönündeki özdeyişin⁴⁷³ tam tersi anlamına gelecek şekilde, faydayı elde eden ancak zarar rizikosuna katlanmayan bir duruma getirecektir.

Yine, izlediği sinema filmi bittikten sonra salondan çıkarken, sinema görevlilerinin bir fiili nedeniyle yaralanan, maç için bilet alma kuyruğuna girip, bilet aldıktan sonra evine gitmek üzere kuyruktan çıkarken, stadyumu temizleyen işçilerden birisinin düşürdüğü temizlik malzemesinin başına isabet etmesi neticesinde yaralanan veya yolculuk sonunda valizini teslim alıp, taşıyıcı firmanın binasından ayrılmakta olan (yolcu taşıma sözleşmesi ile herhangi bir işi kalmamış bir durumda olan) kişinin, bu esnada uğradığı zararlardan dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanabilecektir.

Sonuç olarak, somut olaylarda borç ilişkisi sona erdikten sonraki yardımcı kişi fiillerinin dahi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebileceğini söyleyebiliriz. Bu konudaki kabulümüzün uygulanmasına ve kapsamına karar verecek olan ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun gereklilik esaslarını değerlendirerek, somut olayı hakkaniyete göre ele alacak olan hakimdir.

⁴⁷³ “*ad quem spectat onus est, et emolumentum*”, Liebs, **a.g.e.**, s. 30, Yine aynı şekilde, bkz. MAA md. 88: “*el-ganemü bi'l-garem - Külfet ni'mete ve ni'met külfete göredir.*”, Şimşirgil/İkinci, **a.g.e.**, s. 153.

3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Değınmemız gereken bir diğerk teori ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisidir⁴⁷⁴.

Kural olarak, borç ilişkisinin nisbiliğı⁴⁷⁵ ilkesi gereğince, (gerek doğrudan borçlunun kişisel kusuruna dayandırılrsn gerekse de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğı dayandırılrsn) borç ilişkisinden doğan bir zarar da dahil olmak üzere hak ve borçlar, ancak taraflar arasında ileri sürülebilecektir⁴⁷⁶ ve bu ilişki dışındaki kişiler ise kural olarak, (varsa) zararlarını haksız fiil hükümlerine dayanmak suretiyle tazmin ettirmek zorunda kalacaklardır⁴⁷⁷. İşte, somut durumlarda öyle bazı kişiler bulunmaktadır ki, bunlar kural olarak sözleşmenin tarafı olmamalarına rağmen, ortaya çıkan zararlar karşısında sanki borcun bir tarafıymış gibi borca aykırılık hükümlerinden yararlanmaları gerekir denilebilmektedir. Alman hukuku temeline sahip olan bu görüşe göre, bu gibi durumlarda zarar gören üçüncü kişiler, borca aykırılık hükümlerine dayanmak suretiyle zararlarının tazminlerini talep edebileceklerdir⁴⁷⁸. Kısaca belirtmek gerekir ise, çıkış noktasında çeşitli pozitif hukuk hükümleriyle açıklanmaya çalışılan bu teorinin, bugün genel görüş itibariyle, işlediğimiz üst başlığı da uygun olarak, dürüstlük kuralına⁴⁷⁹ dayandırıldığını ifade

⁴⁷⁴ “*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*”, bkz.: Joachim Gernhuber, “Gläubiger, Schuldner und Dritte: Eine Kritik der Lehre von den „Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte“ und der Rechtsprechung zum „Haftungsausschluß mit Wirkung für Dritte“”, **Juristen Zeitung**, 1962, s. 553; BGHZ 133, 168 (NJW 1996, 2927 vd.); Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 17; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 224 vd.; Wien, **a.g.e.**, s. 120; Zeres, **a.g.e.**, s. 149 vd.; Neuner, **a.g.e.**, s. 128 vd.; Rudkowski, **a.g.e.**, s. 73; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 28; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1480, 1567 vd.; Musielak, **a.g.e.**, Pn. 888 vd.; Weber-Häusermann, **a.g.e.**, s. 25 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 20, Pn. 32.

⁴⁷⁵ “*Relativität der Schuldverhältnisse*”, Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.06 vd.

⁴⁷⁶ Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.06 vd.; Tunçomağ, **Esaslar**, s. 10 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 15, Pn. 23; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 37; Ataay, **a.g.e.**, s. 35.

⁴⁷⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 39, Pn. 137; bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 20, Pn. 32.

⁴⁷⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 286; Wien, **a.g.e.**, s. 120; Gernhuber, **Schutzwirkung**, s. 554.

⁴⁷⁹ Wien, **a.g.e.**, s. 120; BGB § 242: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”, ayr. inc. Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 125 vd.

edebiliriz⁴⁸⁰. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin, Yargıtay tarafından da, hükme esas teşkil edecek şekilde uygulandığını belirtmek gerekir⁴⁸¹.

Örneğin, bir kişi bir ev kiraladığında, kiracının eşi alışverişten gelirken çöken merdivenlerden dolayı kolunu kırarsa; yaralanan eşin, sözleşmede imzası olmamasına rağmen, kiraya verene karşı sözleşmesel sorumluluk kuralları uyarınca zararlarını tazmin ettirebilme imkanını, bu kurum kapsamı altında incelemekteyiz⁴⁸².

Burada, üçüncü kişileri koruyucu etkili sözleşme teorisi kapsamından yararlanacak kişilerin, “borç ilişkisindeki edimle temas halinde bulunmaları”⁴⁸³, “alacaklının ailesi, işçisi vs. gibi koruma bakımından menfaati olduğu varsayılabilir kişiler olmaları” ve “borçlunun da bu iki unsurun varlığını açıkça teşhis edebiliyor ve öngörebiliyor olması gerekmesi”, şartlarının oluşması gerektiği

⁴⁸⁰ Claus-Wilhelm Canaris, “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, **JuristenZeitung**, 1965, s. 482; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 443, Pn. 1247; Wien, **a.g.e.**, s. 120; Öz, **a.g.e.**, md. 129, Pn. 61; Şenocak, **Yardımcı**, s. 286 vd.

⁴⁸¹ YHGK 06.05.1992 T., 1992/13-213 E., 1992/315 K.: “...Bilindiği gibi, akit ilişkisinden doğan yükümler, sadece asli ve yan edim yükümleriyle asli edime yardımcı olan ve asli edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden yan yükümlerden ibaret değildir. Modern hukuk literatürü, söz konusu yükümler dışında ifa menfaatiyle ilişkisi olmayan ve fakat en az ifade menfaati kadar önemli ve onun yanında ikinci bir menfaati koruma ve tesbit gereğini duymuştur. İfa menfaati yanında yer alan bu diğer menfaat "koruma menfaati"dir (Eren, F., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C: I, Ankara-1991, s. 46; Akınal, T., **Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması**, YD., C: 14, Sayı: 3, Temmuz-1988, s. 225). Korunma menfaati, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan menfaatlerin bütününü ifade eder. Bu itibarla koruma yükümleri, borç ilişkisinden doğan edim yükümleri ve bağımlı yan yükümlerin yanında yer alan ve fakat onlardan bağımsız bir kavramdır. Koruma yükümleri akid kurulmadan önce ve akdin müzakereleri safhasında mevcut olduğu gibi, edimin ifası sırasında da mevcuttur. Dolayısıyla ve yükümlerin hukuki dayanağı taraf iradeleri değil, kanundur (Canaris, *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutz Wirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen*, **Juristenzeitung** 1965, s. 476). İşte özelliklerinin bir kısmı burada kısaca belirtilen yükümleri, borçlu için, alacaklıya olduğu kadar, ona yakından bağlı olan ya da edime yakınlığı nedeniyle koruma alanı altında bulunan kişilere karşı da aynen geçerlidir. İşte koruma yükümleri sayesinde, borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile bir takım üçüncü kişiler arasında da hiç bir edim yükümü ihtiva etmeyen sadece koruma yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi oluşur. Bir başka ifadeyle, söz konusu borç ilişkisi üçüncü şahıslar üzerinde tesir icra eden, üçüncü şahsı koruyucu etki doğuran bir borç ilişkisidir ve bu borç ilişkisinin kaynağı MK.nun 2. maddesidir...” (KİB).

⁴⁸² Wien, **a.g.e.**, s. 120; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 17; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 225; inc. Öz, **a.g.e.**, md. 129, Pn. 62 vd.

⁴⁸³ Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1480; Wien, **a.g.e.**, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 22, Pn. 35.

ifade edilmektedir⁴⁸⁴. Kanaatimizce, yukarıdaki şartlardan sonuncusu, yani borçlunun edimle temas halinde bulunan kişi ve bu kişinin alacaklı bakımından korunma menfaatine sahip olması şartının “öngörülebiliyor” olmasının aranması, dürüstlük kuralı ile tanımlanan bu hukuki ilişkilerin uygulama alanlarını, yine dürüstlük kuralına uygun düşmeyecek şekilde daraltmamalıdır. Örnekle ifade etmek gerekir ise, arabalı feribot ile seyahat esnasında, bir feribot personelinin, içtiği sigara ile yangına sebebiyet vermesi durumunda, yangından etkilenen araç içerisindeki taşıma sözleşmesinin tarafı olan (araç sahibi) kimse dışındaki uyuyan bir kişinin, personellerce görülmediği, bu sebeple de bu kişinin yaralanmasından veya ölmesinden dolayı üçüncü kişiyi koruma hükümlerine ve dolayısıyla da feribot işletmesi hakkında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilemeyeceğine hükmedilmesi uygun olmaz. Böyle bir durumda, işletmecilik kuralları ve yaşamın doğal akışı gereği de esasen her zaman araçlarda bir insanın olabileceği (mantiken de) düşünülmelidir. Tüm bunların dışında, edime yakın kişilerin varlığının borçlu tarafından (ön)görülememiş olduğu savunması da her somut olayda yapılmaya müsait bir durumdur. Dolayısıyla, dürüstlük kuralından doğan bu ilişkilerin sınırlandırılmasında da, dürüstlük kuralının göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

Ancak bu ifade ettiğimiz şart, şöyle bir durumda uygulama alanı bulabilir. Örneğin arabasını tamirciye bırakan bir kişi, tamir bittikten sonra arabasını tamirciden alır ve evine doğru aracı sürer. Yol üzerinden bir otostopçuyu da alan sürücü, yoluna devam eder. Yolculuk devam ederken, tamircinin kalfasının tamir ettikten sonra sıkmayı unuttuğu parçalardan dolayı, arabayla kaza yapar ve (ikisi de) yaralanırlar. Eğer bu şart uygulanmak gerekir ise, bu gibi bir durumda uygulama alanı bulabilecek, dolayısı ile de sürücünün yoldan aldığı kişinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinden yararlanamaması gündeme gelebilecektir. Yargıtay’ın ise vermiş olduğu bir kararında, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin kapsamına girecek kişilerin belirlenmesi ile ilgili olarak, “...edime bağlı olan tehlikeler üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar tehdit ediyorsa...” ifadesini

⁴⁸⁴ Wien, **a.g.e.**, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 22 vd., Pn. 35; Şenocak, **Yardımcı**, s. 288.

kullandığını belirtebiliriz⁴⁸⁵. Yine aynı metinden anlaşıldığı üzere, edime yakın ilişki içerisinde sayılan ve zarar gören bu diğer kişiler de, zararlarının tazminini sözleşmesel borç ilişkisi kurallarına göre dava ve talep edebileceklerdir.

Yine önemli bir nokta olarak, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme fikrinin uygulanabilmesi için, ortada geçerli bir sözleşme olması gerektiğini ifade eden ve örf-adet teamül kurallarına⁴⁸⁶ temas eden görüşün varlığına rağmen⁴⁸⁷, kanaatimizce de daha uygun olarak, henüz borç ilişkisi kurulmadan önceki dönemdeki temas esnasında doğan zararların da, bu teori kapsamında uygulanması mümkün olmalıdır⁴⁸⁸. Dolayısıyla, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulanması noktasında, aynı somut olay içerisinde sözleşme öncesi sorumluluk

⁴⁸⁵ YHGK 06.05.1992 T., 1992/13-213 E., 1992/315 K.: “...Burada cevaplandırılması gereken diğer bir husus da, yukarıda hukuki niteliğini açıkladığımız borç ilişkisinin kapsamına hangi üçüncü kişilerin dahil olacağı sorunudur. Yerli ve yabancı literatürde bu alanda çeşitli görüşler ileri sürülmekle beraber (bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için, bakınız: Tandoğan, H.; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara-1963; Akyol, Ş., Tüm Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul-1976, s. 51 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, N., Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Bası, İstanbul-1985, s. 32 vd.), öncelikle somut olay bakımından davacının durumunu tesbit etmek gerekir. Olayda davacı, satım akdindeki alıcının yardım talebi üzerine onun evine yardıma gelmiş ve hemen gerekli önlemleri almak isterken gaz kaçağı sonucu tüp patlamış ve davacı yaralanmıştır. Burada borç ilişkisinin bünyesi gereği, edime bağlı olan bir takım tehlikelerin, en az tüpü satın alan kadar üçüncü kişi konumunda olan davacıyı da tehdit etmesi durumu söz konusudur (Gerahuber, J., Drittwirkungen im Schuldverhaeltnis kraft leistungsnaehe, Festchrift für Arthur Nitisch, s. 270). Zira, Gerahuber'in de belirttiği gibi (s. 270 vd.; ayrıca bkz. Tandoğan, s. 314 vd.), edime yakınlıkları nedeniyle zararlarının sözleşmeye aykırılık hükümleri gereğince tazminine müsaade edilecek üçüncü şahısların sınırını belirleyebilmek için, bu üçüncü kişiler ile ifa sahasında olan borç ilişkisi arasındaki irtibata bakmak gerekir. Borç ilişkisinin bünyesi icabı, edime bağlı olan tehlikeler üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar tehdit ediyorsa, üçüncü kişiye, doğrudan doğruya borçluya karşı ileri sürülmesi mümkün olan akde aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat talebi tanınmalıdır (Ayrıca bkz. Canaris, s. 478). Zira davacı olayda alıcıya yardıma gelmekle alıcıya satıcı arasında mevcut olan borç ilişkisinin güven ortamına dahil olmuştur (bu güven ortamı konusunda bkz. Canaris s. 478; ayrıca bkz. Akünal, s. 234). Bu itibarla, dava konusu uyuşmazlıkta, satıcı (tüp bayii)nin satım akdinde üçüncü kişi konumunda bulunan davacıya karşı akitten doğan hiç bir asli edim borcu mevcut olmamakla beraber burada, borçlunun bizzat alacaklıya karşı göstermek zorunda olduğu koruma yükümünün, alacaklıya yakından bağlı olan ya da edime olan yakınlığı nedeniyle koruma alanı altında bulunan kişilere de teşmil edilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle burada, Kanun (MK. m. 2) gereğince borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile üçüncü kişi durumunda olan davacı arasında da, hiç bir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat koruma yükümlülüğüne dayanan üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi olmuştur. Dolayısıyla da davacının akde aykırılık hükümlerine göre tazminat talebinde bulunması yerindedir ve uyuşmazlığa on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir...” (KİB).

⁴⁸⁶ “Gewohnheitsrecht”.

⁴⁸⁷ Gernhuber, **Drittwirkungen**, s. 265 vd.

⁴⁸⁸ Canaris, **Schutzwirkung**, s. 477 vd.

veya sözleşme sonrası sorumluluk uygulamalarının bulunmasında, karşı çıkılmayı haklı gösterecek bir bahis görünmemektedir. Bu sebeple, babasıyla birlikte bir bankaya giren çocuğun, babası elektronik cihazdan sıra aldığı esnada ıslak bırakılan yerlerin kaygan olması nedeniyle düşüp yaralanmasında⁴⁸⁹, hem culpa in contrahendo, hem de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarını, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile kombine edebilmeliyiz.

Teorinin uygulanmasına örnek vermek gerekirse;

Kiraya veren kişinin evin onarımında kullandığı yardımcı kişiler, bu esnada zarara sebebiyet verdikleri takdirde, bu fiillerden etkilenen (kiracının eşi, çocuğu gibi) kişiler de, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi gereği, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden yararlanabileceklerdir⁴⁹⁰. Yine, benzinlikte benzin almaya gelen kişinin ve ailesi bireylerinin, benzinlikte çalışan pompacının dikkatsizliği ve ihmali neticesinde çıkardığı yangın sonucu yaralandığı olayda, yalnızca benzin alan şoför değil, aynı zamanda araçta bulunan aile üyeleri de, borca aykırılık hükümlerinden ve dolayısıyla da somut olayda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden yararlanabileceklerdir⁴⁹¹.

Ayrıca somut örnekle, bir ekleme yapmak isteriz. Şöyle ki, bir benzin istasyonunda çalışan pompacının, benzin istasyonunun yardımcı kişisi olduğu kabul edilmektedir⁴⁹². Bununla birlikte, pompacı gibi görevliler bulunmayan, müşterilerin hizmeti kendi aldığı (daha çok bazı yabancı ülkelerde rastlanan) benzinliklerde, bir müşterinin, benzin doldurma işiyle sınırlı olmak üzere⁴⁹³, bu kapsamda yangın çıkartmak gibi sebeplerle diğer müşterilere (ve hatta esasen benzinliğin yiyecek

⁴⁸⁹ Ya da güvenlik görevlisinin silahından çıkan mermi ile yaralanmasında veya bankanın içerisinde tepedeki lambanın değiştirilmesi işini yapan bir elektrikçinin düşürdüğü bir malzemenin kafasına isabet etmesi nedeniyle yaralanmasında ve sair örneklerde.

⁴⁹⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 444, Pn. 1275 vd.; Dreyer, **a.g.e.**, s. 43 vd.; Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 17; Larenz, **Allgemeiner Teil**, s. 225.

⁴⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 20, Pn. 32.; ayr. bkz.: Zerres, **a.g.e.**, s. 149 vd.

⁴⁹² Bkz.: Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 117.

⁴⁹³ Bir müşterinin, sıra kavgası edip diğerini dövmesi gibi durumlar, elbette değerlendirme dışı olmalıdır.

içecek satılan kısmında çalışan personellere) vermiş olduğu zararlardan dolayı da, benzin istasyonu sahibinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olması uygun olacaktır. Zira bu kişi (benzinlik sahibi), kendi ifa sahasını, başka kişilerin fiilleri neticesinde doğabilecek zararlara açık hale getirmektedir. Kaldı ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta istihdam ilişkisi aranmadığı gibi, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkinin de hiçbir önemi bulunmamaktadır ve bu iç ilişki, zarar görene karşı ileri sürülememektedir.

Bu noktada son olarak, nc kişiye koruyucu etkili sözleşme kurumunun koruması altında olan kişilerin, esas borç ilişkisine tabi olması gereken kişilerle arasındaki borç ilişkisinin geçersiz olması halinde dahi, sözleşmeye bağlı kurallar çerçevesinde zararlarını isteyebilecekleri ifade edilmektedir⁴⁹⁴. Esasen bu son ifade de, yukarıda bahsetmiş olduğumuz, nc kişiye koruyucu etkili sözleşme teorisinin, henüz borç ilişkisi kurulmadan önce de uygulanmasında bir aykırılık olmadığına ilişkin görüşü (ve kabulmz) destekler niteliktedir⁴⁹⁵.

Yine rneğin cami, kilise başta olmak üzere, insanların ibadet amacıyla (ve hatta turist olarak gezmek amacıyla) gittikleri yerleri ele alabiliriz. Örneğin, bir camide, cami yönetiminin çağırdığı firmanın tadilat işiyle uğraşan bir elemanın, üzerine çıktığı merdiveni düşürerek, insanların yaralanmasına sebebiyet verdiğini varsayalım. Bu gibi bir örnekten, sözleşme ilişkisi cami⁴⁹⁶(kilise, cemevi vs.) yönetimi

⁴⁹⁴ Oğuzman/z, **Cilt II**, s. 445 ve dn. 106; Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından aranan şartlardan birisi olan borç ilişkisinin, hukuken geçersiz olmasının da önem arz etmediğine dair bkz. Zeytin, **a.g.e.**, s. 1428.

⁴⁹⁵ Dipnot olarak örneklerle biraz daha yerelleştirerek ekleme yapmak gerekir ise: Örneğin bir düğün organizasyonuna giden davetliler ile düğün organizatörü, salon sahibi gibi kişiler arasında açık bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak, düğün organizasyonunda, organizasyonu yapan görevlilerin kasti veya ihmali hareketleri neticesinde, düğün davetlileri bünyesinde bir zarar ortaya çıkarsa (düğün pastasının bir kişinin üzerine devrilmesi, yere konulan yanan nesnelerin bir tutuşmaya sebebiyet vermesi veya görevlilerden birinin davetlilerden birinin çantasını çalması gibi), bu kişilerin de zararlarını, kanundaki sözleşmesel sorumluluk hükümleri koruması altında talep edebilmesi, zarar veren görevlilerin fiillerinden dolayı, organizasyon firmasının yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gidilebilmesi gerekir. Ancak, illiyet bağını, hakkaniyet dengesini ve nihayetinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şartlarını göz önüne almak ve somut olaylarda sorumluluğa sebebiyet verecek kişilerin çevresini, buna göre tayin etmek gerekir.

⁴⁹⁶ Bkz. 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun md. 35: “Cami ve mescitler Diyanet İşleri Başkanlığının izni ile ibadete açılır ve Başkanlığa yönetilir. Hakiki ve

ile tadilat işi yapan firma arasında olmasına rağmen, zarar gören diğer kişilerin de, yine buradaki korumadan yararlanmaları gerekir⁴⁹⁷.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer örnek ise üçüncü kişi yararına sözleşme kavramı ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramlarının bir arada ele alınması suretiyle incelenebilir⁴⁹⁸. Şöyle ki, kanaatimizce üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisinin en çok rastladığımız örneklerinden bir tanesi, internet üzerinden veya herhangi bir şekilde yapılan hediye (çiçek, çikolata, vs.) alım ve gönderimleridir⁴⁹⁹. Örneği somutlaştıracak olursak, taahhüt ettiren (A) kişinin, lehdar (B) kişisine göndermek ve hediye etmek üzere, bu işlemler özelinde faaliyet gösteren, taahhüt eden (C) firmasına ait internet sitesinden satın aldığı ürünü, bu firmanın (D) isimli yardımcı kişinin teslim ettiğini

hükmi şahıslar tarafından yapıldığı halde izinli veya izinsiz olarak ibadete açılmış bulunan cami ve mescitlerin yönetimi üç ay içinde Diyanet İşleri Başkanlığına devredilir. Diyanet İşleri Başkanlığınca buralara imkanlar nispetinde kadro tahsis edilir. Kadro tahsis edilinceye kadar buralarda görev yapanların mesleki ehliyetleri ile ilgili esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir.”.

⁴⁹⁷ Takip eden soru ise zararının tazminini doğrudan tadilat yapan firmaya (yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk veya adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerince) yöneltebilen zarar gören, aynı şekilde bu kişilerin veya tadilat yapan firmanın verdiği zarardan dolayı, cami(kilise, cemevi, vs.) yönetiminin sorumluluğuna gidebilir mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay, buradaki gibi kamuya açık yapılardan doğan zararlardan dolayı, özel hukuk kurallarının uygulanması gerekeceğini ifade etmektedir (bkz. YHGK, 27.4.2005 T., 2005/4-246 E., 2005/280 K.: “... Dava konusu taşınmaz özel mülk olarak Hazine adına kayıtlı bir taşınmazdır. Devlet tarafından yürütülmesi gereken bir kamu hizmetinin görülmesi için ayrılan ve fakat kişilerin doğrudan doğruya yararlanma yetkileri bulunmayan ve bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılmış olan hastane, okul, cami gibi yerler genelin (kamunun) yararlanmasına açık yerlerdir. Bu gibi yerlerin yapımı, bakımı ve korunmasından doğan zararlara ilişkin özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekir...” (KİB).). Aynı şekilde burada, cami tarafından hizmetine sürekli veya geçici olarak başvuru bir kişinin, bir tamircinin kasti veya ihmali fiilleriyle, ibadet eden ve hatta turistik amaçlı olarak yalnızca gezmek maksadı ile oradaki imkanlardan ücretsiz olarak faydalanan kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı da, bu zarara uğrayan kişilerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden yararlanabilmeleri gerekir. Dolayısıyla sunulan hizmetin niteliği ne olursa, bu gibi ücretsiz hizmet sunan kamuya açık yerlerde (YHGK, 27.4.2005 T., 2005/4-246 E., 2005/280 K.: “...bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılmış olan hastane, okul, cami gibi yerler genelin (kamunun) yararlanmasına açık yerlerdir...” (KİB).), yardımından faydalanan kişilerin, kullananlara verdikleri zararlardan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uyarınca sorumlu olunması uygun olacaktır. Kaldı ki burada, zarar veren ile zarar gören kişiler de, tesadüfen bir araya gelmemektedir. Zarar veren bir sözleşmeye bağlı olarak iş görmekte iken, ibadet için gelen kişi ise, mecburen bu hizmeti kullanmaktadır. Dolayısıyla da, birbirleriyle ilgisi olmayan bu iki kişiyi bir araya getiren ve hizmettinden yararlananların zarara uğramasına olanak sağlayan kişinin, bunun sonuçlarına katlanması gerekecektir. Ancak elbette, böyle bir somut örnekte, TBK md. 114/I gereğince, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilebilir.

⁴⁹⁸ Üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunun incelenmesi için ayr. bkz. yuk. B. II: I/C/3/d/(3).

⁴⁹⁹ Benzer örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 18, Pn. 28.

düşünelim. Lehdar (B), sözleşmenin tarafı değildir⁵⁰⁰. Dolayısıyla, böyle bir örnekte, (D) kişinin, (B) kişisine bir zarar vermesi durumunda (B), zararlarını hangi hükümlere göre kimlerden talep etmelidir? Böylebir durumda, kanaatimizce, her ne kadar lehdar (B), (A) ile (C) arasındaki sözleşmenin bir tarafı değilse de⁵⁰¹, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı ile üçüncü kişi yararına sözleşme kurumu bir arada değerlendirilmeli; ve (B), zararlarını yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünden yararlanmak suretiyle de talep edebilmelidir⁵⁰². Dolayısıyla, (D) haksız fiil, (C) ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü uyarınca sorumlu tutulabilecektir. Sorulması gereken bağlantılı soru ise taahhüt ettiren (A)'nın da sorumlu olup olmayacağıdır. Bu noktada da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun uygulanmasında tereddüt etmemek gerekir. Zira, gerek dürüstlük kuralından doğan borç ilişkileri kavramının incelenmesi, gerekse de (D) kişisi ile (B) kişinin karşılaşmasının tesadüfen değil, (C) ile (A) arasında yapılmış bir hukuki işlemin neticesinde gerçekleşmesi de, bu örnek bakımından (A)'nın da TBK md. 116 gereğince sorumlu olabileceğini ortaya koymalıdır⁵⁰³.

Yine, özel bir hastanede doğmuş olan bir bebeğin, hastanenin personeli tarafından tıbbi müdahale, tedavi veya herhangi bir bakım yapılırken yaralandığını varsayalım. Böyle bir durumda, elbette sözleşmenin hastaneye yatan anne ile hastane arasında olduğu, bebeğin sözleşmenin bir tarafı olmadığı ve dolayısıyla başına gelen olaylardan da, yalnızca haksız fiil hükümlerince koruma altında olduğunu ifade

⁵⁰⁰ İnc. Nomer, **Genel**, s. 415, Pn. 217; Bu örneğimizdeki durum, (eksik) üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir. Zira, lehdar edimi kabule yetkili, ancak talebe hak sahibi değildir. Buna karşılık, lehdarın bir de alacak hakkına sahip olduğunun kararlaştırıldığı durumda ise, (tam) üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olacaktır. Esasen iki halde de lehdar asıl sözleşmenin tarafı değildir. Ancak, ikinci halin borç ilişkisinin nispiliği ilkesinin önemli bir istisnası olduğu ifade edilmektedir., bkz. Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 18, 19, Pn. 28, 29.

⁵⁰¹ Ve dolayısıyla da (B) ile (C) arasında bir borç ilişkisi olmasa dahi.

⁵⁰² Ayrıca, bugün dürüstlük kuralından doğan borç ilişkileri başlığı altında ele aldığımız, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramının da, çıkış noktası olarak, üçüncü kişi yararına sözleşme kavramının geniş yoruma tabi tutulması suretiyle doğmuş olduğu da ifade edilmektedir, bkz. Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 443, Pn. 1274, Öz, **a.g.e.**, md. 129, Pn. 61.

⁵⁰³ Bu noktada ayrıca şöyle düşünmek gerekir: (A), hediye etmek istediği herhangi bir şeyi, kendi yardımcı kişisi ile teslim etseydi dahi, bu yardımcının fiillerini TBK md. 116 uyarınca (A)'ya yöneltmek idik.

edemeyeceğiz. Bize göre böyle bir örnekte, ister üçüncü kişi yararına sözleşme⁵⁰⁴, isterse de dürüstlük kuralından doğan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilişkisi teorisine bağlanmış olsun⁵⁰⁵, bebeğin yaralanmasından doğan zararların da, sözleşmeden doğan kurallar çerçevesinde karşılanması gerektiğini ifade etmeliyiz.

4. Edim Yükünden Bağımsız Borç İlişkileri

Üst başlığımız altında ele alabileceğimiz bir diğer teori ise, edim yükünden bağımsız borç ilişkileri teorisidir⁵⁰⁶. Sorumluluk kavramına geniş bir açı kazandıran bu fikirde, sorumluluğun doğumu için ortada bir sözleşmenin bulunması gerekmemektedir⁵⁰⁷. Elbette tıpkı diğer hukuki kurumlar gibi ayrıntılı incelemeye müsait olan bu kurum, en geniş anlamıyla örnekler üzerinden ifade etmek gerekirse;

Örneğin, hiçbir sözleşme kurma gayesi olmayan bir kişinin, sırf yağmurdan korunmak için yolun üzerindeki bir mağazaya girdiği sırada, yerlerin kaygan olması nedeniyle düşüp yaralanması olayında veya bir arkadaşını sırf yardım etmek için arabasına alan kişinin, kaza yaparak arkadaşının yaralanmasına sebebiyet vermesi olayında, zarara uğrayan kişiler, bu görüşün kabulü varsayımında zararlarını, borca aykırılık hükümlerine göre tazmin ettirme imkanına sahip olabileceklerdir⁵⁰⁸.

Yine yukarıdaki ilk örnek paralelinde devam edecek olursak, buradaki zararın ortaya çıkmasında yerlerin kaygan olmasının değil, mağazaya o sırada mal taşıyan personelin kullandığı bir forkliftin bu kişiye çarpmasının neden olduğunu varsaydığımızda ise sorumluluk, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamına evrilecek ve mağaza sahibi forklifti kullanan kişinin vermiş olduğu zarardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri çerçevesi

⁵⁰⁴ “*Vertrag zugunsten Dritter*”; ayr. bkz. Wörlén/Metzler-Müller, **a.g.e.**, Pn. 271 vd.; Musielak, **a.g.e.**, Pn. 876; Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 39.

⁵⁰⁵ Ayrım ve karşılaştırma için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 443 vd.; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 426 vd.

⁵⁰⁶ İnc. Ergüne, **Zarar**, s. 131 vd.

⁵⁰⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 39, Pn. 138.

⁵⁰⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 40, Pn. 141.

içerisinde sorumlu olacaktır.

Teorinin uygulanmasının, yukarıda ele aldığımız diğer dürüstlük kuralına dayanan teorileri gereksiz kıldığı gibi bir sonucun ifade edildiği belirtilmektedir⁵⁰⁹. Bu teorinin diğer teorileri gereksiz kıldığı kanaatinde olmasak da, sınırlarının geniş tutulmasının ve uygulama alanının genişletilmesinin, haksız fiillerden sorumluluğun büyük bir kısmının borca aykırılık olarak değerlendirilmesine sebebiyet vereceği ve dolayısıyla bu durumun da, kanunun sistematik ve ruhuna aykırı olacağı yönündeki eleştirilere⁵¹⁰ kısmen de olsa katılmak durumundayız⁵¹¹. Kanaatimizce, bu teorinin geniş uygulanması halinde uygulama sınırı daralacak en önemli hukuki kurum ise, TBK md. 66'da düzenlenen, adam çalıştıranın fiillerinden sorumluluk kurumudur. Ancak sonuç itibarıyla, bu teorinin uygulandığı somut hallerde ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin de uygulanması önünde bir engel olmadığını belirtebiliriz.

Başka bir farazi örneği de şu şekilde verebiliriz. İki arkadaşın birisinin bilet almak ve otobüse binmek için, diğerinin ise onu yolculamak için otobüs durağına geldiklerini düşünelim. Bunlardan birisinin otobüse binmek gibi bir iradesi bulunmakta iken, diğerinin ne sözleşme kurmak, ne de arkadaşının kurduğu sözleşmenin imkanlarından yararlanmak gibi bir iradesi söz konusudur. Burada hızla gelen özel halk otobüsü⁵¹² şoförünün, duraktaki bu iki arkadaşına çarparak yaralanmalarına sebebiyet verdiğini varsayalım. Yolculuk için duraktan bilet alıp otobüsü bekleyen kişinin sözleşmesel sorumluluk (veya bileti henüz kullanmadığı savunması gelirse de culpa in contrahendo kapsamında sorumluluk) hükümlerinden

⁵⁰⁹ İnc. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 40, Pn. 140.

⁵¹⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 40, Pn. 142.

⁵¹¹ Dolayısıyla teoriler uygulanırken, diğer hukuki kurumların ve kanun hükümlerinin sınırlarını da göz önüne almak gerekir. Yoksa, borca aykırılık hükümlerine tabi olacak durumların alanı genişletilmek istendiğinde, teorik anlamda “toplum içinde yaşayan tüm bireylerin, bir arada yaşamak ve hukuk kurallarına bağlı olmak noktasında bir borç bağıyla bağlı olduklarını kabul ederek, zarar verici tüm fiilleri (haksız fiil sorumluluğunu kaldırarak) borca aykırılık düşüncesiyle açıklamak” gibi bir düşünce dahi ele alınabilir ise de, bu gibi bir farazi düşünce, ancak başka (özellikle multidisipliner) çalışmaların konusunu teşkil edecektir.

⁵¹² Örnekte, özel halk otobüsü ifadesi kullanmış olsak da, doğrudan kamu tüzel kişisine ait olan bir otobüsün söz konusu olmasının da, varılacak sonucu değiştirmeyeceğini hatırlatmak gerekir.

faydalanabileceği söylenebilir iken; diğer kişi ise, haksız fiil hükümlerine (veya somut olayın şartlarına göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisine) gitmek zorunda kalabilecektir. Ancak burada ele aldığımız teori uygulandığında ise, hiçbir sözleşme kurma iradesi olmayan bu ikinci kişinin de, zararını sözleşme hükümleri kapsamında isteyebilmesi imkanı doğmaktadır. Dolayısıyla da, aracı kullanan kişinin fiillerinden dolayı her iki arkadaş da, otobüs işletmesini yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre dava edebilecektir.

Ancak gerek buradaki teoriyi, gerekse de yukarıdaki başlıklarda ele aldığımız diğer teorileri, aşırı geniş yorumlamamak gerektiğini bir kez daha yinelemek gerekir. Aksi durumda, teorik çerçeveyi her olayda uygularsak, aylık abonman bilet alan kişinin, otobüs işletmeleri ile bir aylık sözleşmesi olduğu ve bu sebeple de herhangi bir yerde otobüsün üzerine su sıçrattığı veya arabasıyla otobüsün çarpışması suretiyle kaza yapınca şoför tarafından dövüldüğü her olayda, aylık bilet sahibi bu kişinin, sözleşmesel sorumluluk hükümlerini ileri sürerek, otobüs işletmelerinden sözleşme hükümlerince tazminat istemesi, bahsi geçen hukuki kurumların da, hayatın olağan akışının da kabul edebileceği durumlar olmayacaktır⁵¹³.

5. Fiili Sözleşme İlişkisi

Değinebileceğimiz bir diğer kavram ise, fiili sözleşme ilişkisi⁵¹⁴ teorisi kavramıdır. Kısaca bu teori ile, sözleşmenin kurulması için irade ve beyan unsurlarına olan ihtiyaç bir kenara bırakılmakta ve taraflar arasında borç ilişkisi kurulmuş gibi nazara alınmaktadır⁵¹⁵. Bu sayede, sunmuş olduğu hizmetten yararlanılmış olan kişi, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümlerine gitmek ve bu kurumların şartlarının gerçekleşmesini beklemek zorunda kalmaksızın,

⁵¹³ Ancak bu gibi durumlarda, TBK md. 66 dolayısıyla, adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilebileceğini de eklemek gerekir.

⁵¹⁴ Ayr. inc. Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 256 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 76, Pn. 9 vd.; Tunçomağ, **Borçlar**, s. 208 vd.

⁵¹⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 41, Pn. 145.

doğrudan sözleşme varmışcasına, taleplerini borçluya iletebilecektir⁵¹⁶.

Bu teori doğrultusunda, bir kişi, bilet parası ödeme niyeti olmaksızın kaçak olarak bir otobüse binmiş olsa da⁵¹⁷, bir kişi sunulan bir hizmeti (su, elektrik vs.) karşılığını ödeme niyeti bulunmamasına rağmen kullanmış olsa da, içerisinde bulunmuş olduğu durum, sanki sözleşme varmış gibi değerlendirilecek ve o kişi borçlu olacaktır; ki bu vesileyle bir zararın meydana gelmiş olması gibi bir durumda, haksız fiil hükümlerine gitmek zorunluluğu olmayacaktır⁵¹⁸. Hatta somut olayda ayırtetme gücü olmayan bir kimsenin, örneğin hizmet sözleşmesi yapıp fiilen de çalışmış olması halinde de, sözleşmeye göre ücret ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹⁹.

Dolayısıyla, sözleşme kurma iradesi olmayan kişinin, hizmeti kullanırken, yardımcı kişileri tarafından hizmeti sağlayana verebileceği zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olmasının önünde, teorik anlamda bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu konuda da verebileceğimiz örnekler uç (aşırı kurgu) nitelikte olabilecektir. Örneğin, işçilerini taşıdığı aracıyla, feribota kaçak binmeyi başaran sürücü/işverenin (eğer bu teoriye göre sürücü ile feribot işletmesi arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş gibi değerlendirme yapılacağı

⁵¹⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 41, Pn. 146.

⁵¹⁷ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 80, Pn. 18.

⁵¹⁸ Bkz. Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1482; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 41 vd.

⁵¹⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 41, Pn. 145; ayr. bkz.: YİBGK 18.06.1958 T., 1957/20 E., 1958/9 K.: "...İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibarıyla veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına ve iş aktinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin aktin hükümsüz sayılmasıyla korumak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lazım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi batıl olan iş aktinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesinin içtihadı kanunun ruhuna uygun ve doğrudur....

...Yaşı veya kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve bundan dolayı işçi sigortaları kanunlarının işçilere tanıdığı haklardan istifade edeceğine, 18.6.1958 tarihli birinci toplantıda ittifakla karar verildi." (RG., S. 10020, T. 30.09.1958).

varsayılırsa), işçilerinden birinin seyahat esnasında araçtan çıkarak, bir şekilde feribota verdikleri zararlardan dolayı, sürücü/işverenin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu tutulması teorik olarak mümkündür⁵²⁰. Bu son örnek incelendiğinde, kiracının evine aldığı ve kira sözleşmesinden doğan haklarını kullandığı kişilerin kiralanana verdikleri zararlar sebebiyle, kiraya verene karşı kullanma yardımcılardan dolayı sorumlu olması örneğinin, teorik anlamda aynı düzlemde olduğunu ifade edebiliriz. Dolayısıyla, burada zarar gören feribot işletmesi, gördüğü zararlardan dolayı zararı veren kişilere karşı, sözleşmesel ilişki kapsamında kullanabileceği hakları kullanabilecektir. Ancak böyle bir örnekte, işçilerini taşıyan kişinin bu kişilerin feribot işletmesine değil de, feribotta seyahat etmekte olan diğer yolculara zarar vermeleri halinde ise, aynı yoruma gitmek söz konusu olmayacaktır.

Yine bir diğer örnekte ise, turistik bir cadde üzerinde yürümekte olan kişinin, ücretsiz kullanım amacı olmaksızın, ancak ücretli olduğunu bilse idi girmeyeceği bir yapıya, (herhangi aksi bir ibare bulunmaması ve normalde kapıda bulunan bina sahibinin görevlisinin kapıda bulunmadığı bir anda) giriş yaptığını ve çıkarken de kendisinden bileti istendiğinde, bir bilet ibraz edemediğini varsayalım. Esasen problem yanılma⁵²¹, sebepsiz zenginleşme, fiili sözleşme ilişkisi gibi kavramlarla tartışılmaya müsait görünmektedir. Eğer bu durumda, fiili sözleşme ilişkisi kabul edildiği ve sözleşme ilişkisine ilişkin hükümlerin uygulama bulacağı ihtimali üzerinden değerlendirme yapılacak ise, yardımcı kişi olan ve binaya girişte ücret alınıyor olduğunun tek emaresi olan görevlinin, o sırada bulunmamasının da değerlendirilmesi gerekir⁵²².

Dolayısıyla, nasıl ki dürüstlük kuralına dayandırılan (incelediğimiz

⁵²⁰ Somut değerlendirme bakımından, her bir işçi ile feribot işletmesi arasında da sözleşme kurulmuş sayılır ise, bu işçilerin de doğrudan sözleşmesel sorumluluğu ele alınabilir.

⁵²¹ Bkz. Wien, **a.g.e.**, s. 54 vd.

⁵²² Normal şartlar altında, hizmetten yararlanan kişiler, ücret alacak kişilerin o sırada orada bulunmamasından faydalanarak, ücret ödmeden içeriye girme niyetiyle hareket etmiş olsalar idi, bu tarz durumlarda Alman Federal Mahkemesi'nin de kabul ettiği üzere, fiili sözleşme ilişkisinin uygulanması gündeme gelecekti, örn. bkz. Büyüksağış, **a.g.e.**, Pn. 281.

başlıklardaki) hukuki kurumlar var ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun da bunun gibi somut olaylarda uygulanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, yardımcı kişilerin fiilleri başta olmak üzere, mal ve hizmet sunanların uygulamalarında, özellikle tüketicilerin korunması bakımından getirilmiş olan özel hükümler de, bahsettiğimiz örneklerdeki korunmaya değer menfaatleri desteklemektedir; ki yardımcı kişinin ürünün üzerine farklı bir fiyat etiketi yapıştırması ve kasada farklı bir fiyat ortaya çıkması durumunda, tüketicinin lehine olan fiyat biriminin uygulanması, bu duruma küçük bir örnektir⁵²³. Bu şekilde, tüketicinin korunması gibi amaçlarla düzenlenmiş hükümlerin ihlal edilmesi vesilesiyle, tüketicinin yanılmaya düşmesi durumunda (yanılma hususunun ispatı alacaklıda olmak üzere) yanılma hükümlerinin uygulanacağı da belirtilmektedir⁵²⁴.

Diğer taraftan, yukarıdaki paragraflarda incelemeye çalıştığımız örnekteki durumun aldatma⁵²⁵ maksadı ile kasıtlı olarak yapılmaları ihtimali de düşünülebilir. Örneğin, mal veya hizmetin kullanılmasının ücretsiz olduğu izlenimi yaratılması halinde, böyle bir durum söz konusu olacaktır. Zira aldatma⁵²⁶, doğrudan karşı tarafın aldanmasına neden olacak aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, aynı zamanda karşı tarafın yanıldığını veya yanılabilceği anlamaya rağmen ses

⁵²³ TKHK md. 54: “Perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir ve okunabilir şekilde tüketicinin ödeyeceği tüm vergiler dâhil satış fiyatı ve birim fiyatını gösteren, üretim yeri ve ayırıcı özelliklerini içeren etiket konulması; etiket konulması mümkün olmayan hâllerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur. Hizmetlerin tarife ve fiyatlarını gösteren listeler de bu madde hükmüne göre düzenlenerek asılır.

Etiket, tarife ve fiyat listelerinde belirtilen fiyat ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat uygulanır...”

⁵²⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 110 vd., Pn. 356; Ayrıca, eğer yanılma hükümleri değerlendirmeye alınacak olur ise, bu halde de, yardımcı kişinin görev yerini terk etmesi durumu başta olmak üzere somut olaydaki diğer verilerin, sözleşmenin karşı tarafının yanılmayı bilmesi gerekmesi hususuna sevk etmesi gerekmektedir, ki bu durumda TBK md. 35’deki “...Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez...” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, karşı taraf yanıldan tazminat isteyemeyecektir. Diğer taraftan, bir şekilde sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmesi gerektiğine karar verilmesi halinde ise, yine buna sebebiyet veren yardımcı kişinin fiillerinin de, tazmin veya geri verme gibi durumların değerlendirilmesinde göz önüne alınması uygun olacaktır.

⁵²⁵ Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 218 vd.; Wien, **a.g.e.**, s. 56.

⁵²⁶ “Arglistige Täuschung”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 96.

çıkartmamak şeklinde pasif bir davranışla da ortaya çıkabilecektir⁵²⁷. Aynı şekilde, aldatma teşkil eden davranışların doğrudan karşı tarafça değil, onun yardımcı kişilerinden biri tarafından yapılmış olması halinde de, aldatma hükümlerinin uygulanacağını ifade etmek gerekir; ki ifade kullanılan kişiler, aldatmayı düzenleyen hüküm anlamında üçüncü kişi sayılmayacaklardır⁵²⁸. Aynı şekilde, korkutma⁵²⁹ durumunda da, karşı tarafın kendi korkutmasında olduğu gibi yardımcılarının korkutması halinde de, culpa in contrahendo hükümlerinin uygulanacak olduğu belirtilmektedir⁵³⁰.

Hatırlatmak gerekir ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun meydana gelebilmesi için aradığımız şartlardan birisi olan, borç ilişkisinin varlığı şartı, yardımcı kişinin davranışlarından önce mevcut olmalıdır. Bu hususu fiili sözleşme ilişkisine dair örneklerde de göz önünde bulundurmak gerekecektir. Şöyle ki, herhangi bir işletmede telif hakkına dair bedellerin ödenmediği müzik eserlerinin, yardımcı kişiler tarafından işletme sahibinin bilgisi ve onayı olmadan çalınması durumunda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine gitmek, telif hakları ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler ile işletme sahibi arasında halihazırda mevcut bir borç ilişkisi bulunmadığından dolayı, mümkün olmamalıdır. Ayrıca, bir ticari işletme içerisinde müzik eserlerinden ücretsiz istifade etmek kastı ve fiili, bizzat işletme sahibinden değil, onun yardımcılarından ortaya çıktığı için, fiili sözleşme ilişkisi teorisinin dahi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin burada uygulanmasını gerektirmeyeceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla bu gibi bir örnekte, yardımcı kişinin şahsi sorumluluğu ve adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi kavramların irdelenmesi gerekir⁵³¹.

⁵²⁷ Bucher, **a.g.e.**, s. 220 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 110, Pn. 355.

⁵²⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 112, Pn. 360.

⁵²⁹ “Drohung”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 101; Wien, **a.g.e.**, s. 56.

⁵³⁰ Bucher, **a.g.e.**, s. 221 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 116, Pn. 374.

⁵³¹ Sonuç olarak, dürüstlük kuralından doğan borç ilişkileri, gerek genel olarak, gerekse de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile birlikte değerlendirildiğinde, yoğun bir somut olay incelemesi yapmak gerekecektir.

C. Diğer

Belirtmek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin doğrudan veya kıyasen uygulanabileceği düşünülen durumlar, yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Bu başlık altında, akla gelebilecek en önemli örneklerle değinmek gerekir.

1. Eşya Hukuku İlişkilerinde

İlk örnek olarak, eşya hukuku alanında⁵³² oturma hakkı düzenlemesini örnek verebiliriz. Hatırlatmak gerekirse, oturma hakkı, TMK md. 823/1’de “*Oturma hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verir.*” şeklinde tanımlanmış ve oturma hakkının kapsamı ise md. 824/2’de “*Oturma hakkı sahibi, hakkın şahsına özgü olduğu açıkça belirtilmedikçe, bina veya onun bir bölümünde ailesi ve ev halkı ile birlikte oturabilir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bir binada veya binanın belirlenmiş bir bölümünde kullanım hakkı tanıyan oturma hakkına göre, bu hakkın sahibi, hakkını ailesi bireyleriyle birlikte oturmak suretiyle kullanabilecektir⁵³³.

Yine aynı şekilde, TMK 794 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan intifa hakkı da⁵³⁴, bu konuda örnek gösterilebilecektir. İntifa hakkı sahibinin haklarının genel olarak düzenlendiği madde olan md. 803/1’de “*İntifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahiptir.*” denildikten sonra, ikinci fıkrada “*İntifa hakkı sahibi, bu yetkilerini kullanırken iyi bir yönetici gibi özen göstermek zorundadır.*” ifadesi ile, intifa hakkı sahibinin göstermesi gereken özenden bahsedilmiştir. Kural olarak, intifa

⁵³² Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 395 vd.; Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 11; Grüneberg, **Palandt**, § 278, Pn. 3.

⁵³³ Bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, Pn. 3059 vd.

⁵³⁴ İntifa hakkına ilişkin tanımlamalar için bkz. Burak Özen, **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 19 vd.

hakkının devredilmesi ve mirasçılara intikal etmesi söz konusu değildir⁵³⁵. Bunlarla birlikte, aksi sözleşmeden anlaşılmadığı veya durumun da yalnızca hak sahibinin kullanmasını mecbur tutmadığı hallerde, intifa hakkı sahibi, hakkın kullanılmasını başkasına devredebilecektir⁵³⁶.

Üstteki paragraflarda kısaca hatırlatma yaptıktan sonra, konumuzla ilişkilendirme yapmak noktasına gelinecek olursa; nasıl ki Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kira sözleşmelerinde, kiracının, bu kira hakkının kullanılmasından faydalandığı aile üyeleri, misafir kabul ettiği insanlar gibi kişilerin (ve hatta tamirci, montaj ustası gibi diğer kişilerin) fiilleriyle verdikleri zararlardan dolayı, kiraya verene karşı, kullanma yardımcılarında sorumluluk bağlamında sorumlu olacağı ifade ediliyorsa; burada da taraflar arasındaki oturma hakkı ilişkisinin kullanılmasından istifade ettirilen üçüncü kişilerin fiillerinden meydana gelen zararlardan dolayı, oturma hakkı sahibinin TBK md. 116 kapsamında, yani yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi suretiyle sorumlu olmaları gerektiği ifade edilmektedir⁵³⁷. Benzer şekilde, intifa hakkı sahibi kişinin de, intifa hakkı vesilesiyle sahip olduğu kullanma, zilyetliğinde bulundurma, yönetme ve yararlanma yetkilerini kullanırken, yararlandığı yardımcı kişilerin fiillerinden veya caiz olması durumunda, kullanımı devrettiği kişilerin verdiği zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle de sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir⁵³⁸.

⁵³⁵ Özen, **a.g.e.**, s. 20, 293; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, Pn. 2896.

⁵³⁶ Özen, **a.g.e.**, s. 295 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, Pn. 2896; TMK md. 806: “Sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir.

Bu takdirde malik, haklarını, devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir.”.

⁵³⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 293.

⁵³⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 293; Konuya ilişkin D. 7, 1, 65 (Pomponius'un Plautus üzerine beşinci kitabından): “Ancak intifa hakkı sahibi kendisi veya ailesinden birisinin fiilleri ile zarar verdiği bir şeyi onarmakla yükümlü olduğundan; intifa hakkından el çekmeye hazır olsa dahi, sorumsuz olması gerekmez; o özenli bir aile babasının (pater familias'ın) kendi evinde yaptığı herşeyi bizzat kendi kendine yapmakla yükümlüdür.” şeklinde tercüme edebileceğimiz Roma hukuku metninde de görüldüğü üzere, intifa hakkı sahibi, himayesinde bulunan kişilerin verdiği zararlardan dolayı sorumlu olmaktadır. Bkz.: Güven, **a.g.e.**, s. 70 vd.: “D. 7, 1, 65 pr. (Pomponius libro quinto ex Plautio) Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non

Yine teslime bağılı rehin bakımından da, benzer hususları tekrar edebiliriz. Rehinli taşınırın uğradığı zararlara ilişkin olarak md. 945/1 ise “*Alacaklı, rehinli taşınırın kaybolması, yok olması veya değerinin azalması yüzünden meydana gelen zararlardan, bunların kendi kusuru olmaksızın doğduğunu ispat etmedikçe sorumludur.*” hükmünü getirmektedir. İşte bunun gibi hallerin ortaya çıkmasında, alacaklının yardımcılarının birinin fiillerinin rol oynaması durumunda ise, yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir⁵³⁹.

Diğer taraftan, kural olarak hukukumuzda, tıpkı Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi sözleşme serbestisi bulunmakla birlikte, bazı hallerde ise farklı olarak, sözleşme yapma zorunluluğundan⁵⁴⁰ da bahsedebilmektedir; ki TMK md. 747’deki⁵⁴¹ zorunlu geçit hükmü, buna örnek gösterilmektedir⁵⁴². Dolayısıyla, geçit hakkı vesilesiyle, aralarında bir hukuki ilişki bulunan kişilerin bulunduğu bir somut olayda, geçit hakkı sahibi kişinin bu hakkını kullanırken kendisinin vereceği zararlardan bizzat sorumlu olması yanında, bu hakkı kullandığı kişilerin verdikleri zararlardan dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olması gündeme gelebilecektir.

Başka bir örneği ise komşuluk hukuku bakımından verebiliriz⁵⁴³. TMK md. 737’de “*Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan*

est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere.”; Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D7_Scott.htm#I, szt. 29.11.2017.

⁵³⁹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 294.

⁵⁴⁰ “Kontrahierungszwang”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 4.

⁵⁴¹ “*Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir.*

Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar görececek olana karşı kullanılır.

Zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir.”.

⁵⁴² Ayrancı, **a.g.e.**, s. 235.

⁵⁴³ “*Nachbarrecht*”; inc. Alpmann, **Juris**, § 278, Pn. 6; Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 52.

kaçınmakla yükümlüdür...” hükmü düzenlenmektedir⁵⁴⁴. Buna göre örneğin, komşu taşınmazlardan birinde ağırlanan misafirlerden (elbette ev sahibinin çocuklarından birisi veya eşi de olabilir) birisinin, bahçede sürdüğü bisikletle komşunun çitlerini kırması veya misafir çocuklarının bahçede yaktıkları ateşin dumanından yan komşunun etkilenmesi ve hatta yangın çıkması ve arttırabileceğimiz sair (illiyet bağının da tam olarak kurulabildiği) örneklerde de, zarar gören komşunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri en azından kıyasen uygulanmak suretiyle zararlarının tazminini talep edebilmesi ve komşuyu yalnızca zarar veren kişilerin fiilleriyle, dolayısıyla haksız fiil hükümleriyle baş başa bırakmamak yerinde olacaktır.

2. Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamındaki İlişkilerde

Farklı bazı örnekler ise 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında verilebilecektir. İfade etmek gerekir ki, KMK md. 18, kat maliklerine hem kanundan doğan bir borç getirmekte, hem de müteselsil sorumluluk hükmü tahsis etmektedir⁵⁴⁵. Aynı kanunun 19. maddesinde ise kat maliklerinin, anagayrimenkul ve bağımsız bölümlere verdikleri zararlardan dolayı, diğer kat maliklerine karşı sorumlu oldukları düzenlenmektedir⁵⁴⁶. Kıyasen uygulama yönündeki görüşe göre, kat maliklerinin bu madde hükmüne aykırı olarak anagayrimenkule veya bağımsız bölümlere verdikleri zararlardan dolayı, eğer somut olayda kullanmışlar ise yardımcı kişilerin fiillerinden

⁵⁴⁴ Ayr. inc. Wharton, **a.g.e.**, s. 179, Mx. 90: “*Sic utere tuo ut alienum non laedas - So use your own property as not to injure your neighbour's.*”.

⁵⁴⁵ Bkz. KMK md. 18: “*Kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler.*

Bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (Sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmiyenler kat malikleriyle birlikte, müteselsil olarak sorumlu olur.”.

⁵⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, Pn. 2230; KMK md. 19: “*Kat malikleri, anagayrimenkulün bakımına ve mimarı durumu ile güzelliğini ve sağlamlığını titizlikle korumaya mecburdurlar....*

...Her kat maliki anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumludur.”.

dolayı da sorumlu olmaları gerekecektir⁵⁴⁷.

Örneğin, bağımsız bölüm maliklerinden birinin, kendi bağımsız bölümündeki bir onarımı gerçekleştirmek için kullandığı bir arkadaşının, akrabasının veya başka bir bağımsız tamircinin, bu sırada ortak kullanıma ait asansörün aynasını kırması, taşıyıcı kolonlardan birine zarar vermesi gibi fiillerinden dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle, bu kişileri kullanan kat maliki sorumlu olacaktır⁵⁴⁸. Şüphesiz, yukarıda da işlediğimiz bilgiler doğrultusunda burada, binaya girmeleri sağlanan tamirci, boyacı, taşıyıcı gibi kişilerin fiillerinden sorumlu olunacak olmakla birlikte, bu kişilerden dolayı sorumluluğun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarına göre de, malik veya malikin rızasıyla bağımsız bölümü kullanan kişinin rızasından sonra doğması uygun olur. Örnekle somutlaştırmak gerekir ise; giriş katındaki dairenin duvarında yazılar gören boyacı, bir şekilde site içerisindeki apartmana ulaşmak için bahçeye giriyor ve daire malikine duvardaki yazıyı sildirmek istemediğini soruyor ve daire sahibi ile anlaşıyorlar. Bu olayda boyacının daire sahibi ile görüşmeden hemen önce bahçede sigara içerek izmaritini yere attığını ve bunun neticesinde de küçük çaplı bir yangın çıktığını varsaydığımız olayda, daire sahibini yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutmaya imkan yoktur. Zira, zarar verici eylemin gerçekleştiği sırada, yardımcı kişi kullanma ilişkisi de, rızası da mevcut değildir; ki bu da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun şartlarından birini eksik bırakmaktadır. Ancak, daire malikinin tamirci, boyacı, taşıyıcı gibi bu kişilerle borç ilişkisine girdiği ve bu kişileri, komşuluk ilişkisi içerisinde olduğu diğer kişilerin etki alanına soktuğu andan itibaren, bu kişilerin zarar verici davranışlarından söz konusu malik de sorumlu olmalıdır. Dolayısıyla, yabancı bir kişinin bu gibi zararları doğurma rizikosunu, bu rizikoyu doğuran kişi olan malik tarafından üstlenilmelidir.

Buna rağmen belirtmeliyiz ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun diğer şartları somut olayda tamamlanmış olsa da, bazı zararlar

⁵⁴⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 294.

⁵⁴⁸ Malik - kullanıcı ilişkileri bakımından da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulama bulduğuna yönelik olarak, bkz. Grundmann, **Münchener**, § 278, Pn. 18.

bakımından bu kişiyi kullanan kişilerin sorumlu tutulması hakkaniyetle bağdaşmayabilir. İlliyyet bağının kesilmesi ve zarara mağdurun sebebiyet vermesi gibi başlıca hallerde, sorumluluğa bir virgül koymak gerekir. Örneğin, her ne kadar malikin apartmana soktuğu bu kişilerin sigara içip yangın çıkardıkları durumda malikin sorumlu olacağını ifade ediyorsak da, diğer daire maliklerinden birisinin arabasıyla boyacının ayağının üstünden geçmesi ve bunun üzerine canı yanan ve sinirlenen boyacının bu kişinin arabasının aynasını kırmasıyla oluşan haksız fiilden, bu kişiyi kullanan daire malikini sorumlu tutmamak gerekir. Nedeni⁵⁴⁹ ise, aksinin kabul edilmesinin, yaşamın normal akış ve kurallarına uymaması bir yana, böyle bir durumun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun varlık amacının dışında olmasıdır. Dolayısıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarının kağıt üzerinde gerçekleşmiş görünmesi, bu kurumun tarihsel varlık ve ekonomik haklılık nedenlerinin, kısacası kanunlaştırma nedenlerinin de, aynı oranda mevcut olduğunu göstermeyebilecektir. Bu sebeptir ki, bazı somut olaylar bakımından⁵⁵⁰, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması noktasında, tereddüt doğabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, bazı hallerde ise ifa veya kullanma yardımcısı sayılan kişilerin fiilleri, doğrudan sözleşmenin feshine sebebiyet verebilecektir⁵⁵¹. Örneğin, kiracının oturduğu kiralananın yan dairesinde, eşi, çocukları gibi kişilerle birlikte oturan kiraya verenin, kiracının, her türlü uyarılarına rağmen, makul ölçünün çok üzerinde rahatsızlık verecek davranışlarda bulunduklarını varsayalım. Böyle bir durumda kira ilişkisi kendisi için çekilmez hale gelen kiracı, sözleşmeyi feshedebileceği gibi, bu durumdan ötürü bir zararı bulunması halinde de, bunun tazminini isteyebilmelidir⁵⁵². Aynı durum, kiracının sorumluluğu doğacak şekilde de

⁵⁴⁹ Her ne kadar, ayağın ezilmesine aracın aynasının kırılması gibi bir fiil ile karşılık verilmesi, fail bakımından hukuka uygunluk sebepleri ihtiva eden bir durum değilse de.

⁵⁵⁰ Örneğin, alacağını avukat ile tahsil etmek isteyen kişinin, avukatın icra faaliyetleri esnasındaki fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağı gibi.

⁵⁵¹ Diğer bir ifade ile bazı somut durumlarda, yardımcı kişilerin fiilleri, tazmini gerekli zararlar ortaya çıkarması dışında, sözleşmenin feshi gibi durumlara da sebebiyet verebilecektir.

⁵⁵² Bkz.: TBK md. 331: “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her

ifade edilebilir. Zira kiracının, kira sözleşmesinden doğan esas borcu olan ücret ödeme borcu dışında, kira konusunu özenle kullanmak ve kiralanan şey bir taşınmaz ise, taşınmazda ikamet eden diğer komşulara da rahatsızlık ve zarar vermemek zorunda olduğunu söylemek mümkündür⁵⁵³.

3. Aile Hukuku İlişkilerinde

Yine kıyasen uygulama kapsamı içerisinde ele alınan bir örneğin de, aile hukuku kapsamında karı-koca ve çocuk-ana/baba ilişkileri içerisinde verildiğini görmekteyiz. Dolayısıyla, aile hukuku kaynaklı somut durumlarda da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanması ele alınabilmektedir⁵⁵⁴.

Buna göre, örneğin TMK md. 352⁵⁵⁵ ve 354⁵⁵⁶ hükümlerine göre çocuğun mallarını kullanan ve idare eden ana ve babanın, bu malların kullanılmasında ve idaresinde görev verdikleri üçüncü kişilerden dolayı da, kıyasen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olmaları hususu zikredilmekte; buna karşılık TMK md. 339⁵⁵⁷, 340⁵⁵⁸ vd. hükümlerine göre, çocuğun bakımına ilişkin

zaman feshedebilir.

Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar.”.

⁵⁵³ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 308.

⁵⁵⁴ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 11.

⁵⁵⁵ “Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler.

Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder.”.

⁵⁵⁶ “Ana ve baba, kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler.”.

⁵⁵⁷ “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.

Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür.

Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.

Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.

Çocuğun adını ana ve babası koyar.”.

⁵⁵⁸ “Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.

durumlarda kullandıkları öğretmen, doktor gibi diğer üçüncü kişilerin vermiş olduğu zararlardan dolayı ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulanmamalıdır denilmektedir⁵⁵⁹.

4. Spor ve Sportif Organizasyonlar Çerçevesindeki İlişkilerde

Yine, uygulama ve toplumsal hayat içerisindeki yoğun yaygınlığı sebebiyle değerlendirilmesi kaçınılmaz bir diğer alan ise spor hukuku⁵⁶⁰ alanı ve buna bağlı olarak kulüp, sporcu ilişkileri ekseninde meydana gelebilecek durumlardır⁵⁶¹. Esasen, sporcuların fiillerinden dolayı sorumluluk düşüncesi hiç de yeni değildir; ki bu durumu en basitinden, *“Birisi bir güreş müsabakasında ya da güreş ve boks yarışmasında ya da iki boksör birbiriyle mücadele ederken biri diğerini öldürürse; ve o kamuya açık bir sergide böyle yaparsa, Lex Aquilia uygulanmaz, çünkü zararın, yaralamak niyeti ile değil, saygınlık ve cesaret uğruna gerçekleştiği göz önünde bulundurulmak zorundadır. Bu durum, mutlak olarak özgür doğmuş kişilerin katıldığı müsabakalar söz konusu olduğu durumlarda köle açısından geçerli değildir; ancak bir ailenin oğlunun yaralandığı zaman uygulanır. Açıktır ki, bir taraf pes eden diğer tarafı yaralarsa, Lex Aquilia uygulanabilecektir, ya da o bir köleyi, yarışmanın olmadığı bir durumda öldürürse, bu sahibinin kışkırtması ile olmadığı sürece, Lex Aquilia uygulanır, yoksa Lex Aquilia uygulanmayacaktır.”* şeklinde mümkün olduğunca bire bir tercüme edilebilecek olan Roma hukuku metinlerinden⁵⁶² bir tanesi de ortaya koymaktadır⁵⁶³.

Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar.”.

⁵⁵⁹ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 114 vd.

⁵⁶⁰ Ayr. İnc.: 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun, 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun, 6222 sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, Gençlik Ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik Ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği vd.

⁵⁶¹ Ayr. inc. Heermann, *a.g.e.*, Pn. 127 vd.

⁵⁶² Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D9_Scott.htm#II, szt. 29.11.2017.

⁵⁶³ Bkz.: Kadir Gürten, “Roma Hukuku’nda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Yaralanmalar ve Ölüm Nedeniyle Hukuki Sorumluluk”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1) 2014, s. 182: *“D. 9. 2. 7. 4. (Ulpian libro 18. ad edictum): “Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles*

İlk olarak belirtelim ki, spor kulüpleri, bu sportif faaliyetlerini bir ticaret şirketi⁵⁶⁴ veya bir dernek⁵⁶⁵ üst çatısı altında yürütebileceklerdir⁵⁶⁶. Uluslararası spor federasyonu olarak örgütlenmiş teşkilatların çoğunluğunun da, dernek statüsünde olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Örneğin, FIFA⁵⁶⁸ ve UEFA⁵⁶⁹ ana statülerinin ilk maddelerinde, bu kuruluşların İsviçre Medeni Kanunu’nun 60 vd. maddeleri uyarınca, dernek niteliğinde oldukları belirtilmektedir⁵⁷⁰. Yine, ilk madde bakımından FIFA’nın, Zürich’te ticaret siciline kayıtlı olduğu da belirtilmektedir.

İncelendiğinde çok sayıda kanun, talimatname, yönetmelik, kulüpler ile

dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquila, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.”

⁵⁶⁴ Bkz.: 3289 sayılı kanun md. 24: “Profesyonel dallar, Spor Genel Müdürlüğünün, Merkez Danışma Kurulunun da görüşünü almak suretiyle yapacağı teklif üzerine, Gençlik ve Spor Bakanı tarafından tespit olunur.

Profesyonel spor dallarının teşkili, ilgili federasyonları ile bağlantıları, idaresi tüzükle düzenlenir.

Spor kulüpleri, profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilirler veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilirler.”

⁵⁶⁵ Bkz.: DK md. 14: “Derneklerden başvurmaları halinde; spor faaliyetine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanları değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti birlikte amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü adını alır. Bu kulüpler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce tutulacak kütüğe kayıt ve tescil edilir.

Kulüplerin organları, bu organların görev ve yetkileri, kulüplerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce de denetlenmesi ve bunlara yapılacak yardımların şekil ve şartları, üst kuruluş oluşturmada uyulacak esas ve usuller, gençlik ve spor faaliyetlerini yürüteceklerin nitelikleri ve bunlara uygulanacak disiplin işlemleri, kulüplerin kayıt ve tesciline ilişkin esaslar İçişleri Bakanlığının uygun görüşü üzerine Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlıkça yürürlüğe konulacak yönetmelikte düzenlenir.”

⁵⁶⁶ Erkan Küçükgüngör, “Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 1998, s. 131 vd.

⁵⁶⁷ Türkmen, **Spor**, s. 30.

⁵⁶⁸ “The Fédération Internationale de Football Association (FIFA) is an association registered in the Commercial Register of the Canton of Zurich in accordance with art. 60 ff. of the Swiss Civil Code.”, http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/78/29/07/fifastatutsweben_neutral.pdf, Çvr. üzerinden krş., szt. 26.12.2017.

⁵⁶⁹ “The Union des Associations Européennes de Football (UEFA) shall be a society entered in the register of companies under the terms of Art. 60 et seq. of the Swiss Civil Code. UEFA shall be neutral, politically and religiously.”, erişim için ayrıca bakınız Çvr. https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/WhatUEFAis/02/50/26/15/2502615_DOWNLOAD.pdf, szt. 26.12.2017.

⁵⁷⁰ Türkmen, **Spor**, s. 31.

sporcular arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Gerek taraflar arasındaki ilişki gerekse de İş Kanunu md. 4 hükmü⁵⁷¹ uyarınca, sporcuların hizmet sözleşmesi içerisinde değerlendirildikleri ifade edilmiştir⁵⁷². İster bir dernek kapsamında isterse profesyonel olarak bir ticaret şirketi kapsamında olsun, kulüpler, sportif faaliyetler içerisinde bir veya birden fazla sporcu kullanmaktadırlar. Nasıl ki sporcu kafilesini taşıyan bir otobüsü kullanmak için kulüpçe görevlendirilen ve hiçbir deneyimi olmayan kişinin kazaya sebebiyet vermesi ve sporcuların yaralanmalarından dolayı, kulübü yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutabilecek isek⁵⁷³; zararı veren kişilerin spor kulübünün sporcuları olmasını da ele almak gerekir. Öyle ki, bu gibi kişilerin de çevrelerindeki insanlara veya şeylere zarar vermeleri, her zaman söz konusu olabilecektir.

Örneğin, futbol kulüpleri (yukarıda kısaca değindiğimiz ve ismen bahsettiğimiz) kanun, yönetmelik ve talimatnameler kapsamında, gerek ulusal gerek uluslararası birçok anlaşma imzalamakta ve bu organizasyonlarda sporcuları görev almaktadır. Dolayısıyla örneğin, bir spor organizasyonuna (turnuva/şampiyona/lig)

⁵⁷¹ “Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;...

g) Sporcular hakkında,...

⁵⁷² Küçükgüngör, **a.g.e.**, s. 133 vd.

⁵⁷³ Örneğin, işçilerin taşıma işinin kendisine verildiği kişinin, işyerinin sözleşme ilişkisi ile bağımlı bir şekilde çalışan maaşlı personeli olması halinde de, taşıma işinin dışarıdan başvuru alan kişilerce yerine getirilmesi halinde de, işverenin (kulüp, federasyon, şirket vs.) sorumluluğuna gitmek gerekecektir. Örnek olarak, bkz. Yarg. 11. HD, 19.06.2000 T., 2000/4672 E., 2000/5679 K.: “...Dava; davacılar murisinin davalılar tarafından yapılan taşıma sırasında meydana gelen kaza neticesinde ölümü nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Borçlar Kanunumuzun 55. maddesine göre başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan sorumludur.

Aynı kanunun 100. maddesinde ise muavin şahısların mesuliyeti düzenlenmiş olup, bir borcun ifasını ya da bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını bir yardımcı kişiye bırakan kimse, yardımcı kişinin görevi çerçevesinde diğer tarafa zarar vermesinden bu maddeye göre sorumlu tutulmuş olup, bu borç ilişkisinin mutlaka bir akitten doğmuş olması gerekmemektedir. Her iki madde arasındaki belirgin fark; zarar gören ile adam çalıştıran arasında sözleşme ilişkisi yoksa BK'nın 55. maddesinin, sözleşme ilişkisi varsa BK'nın 100. maddesine göre adam çalıştıranın sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğidir.

Somut olay incelendiğinde; davacılar murisinin davalı banka personeli olup, davalı banka tarafından temin edilen araçla iş yerine gitmekte iken servis aracının frenlerinin patlaması ile meydana gelen trafik kazasında hayatını kaybettiği tartışmasızdır.

Yukarıda anılan ilkeler doğrultusunda mahkemece davalı bankanın sorumsuzluğuna ilişkin verilen hüküm eksik incelemeye dayalıdır...” (KİB).

katılan takımın sporcularından birinin, hakeme fiziki bir saldırıda bulunması halinde, şüphesiz hem bu organizasyonlara ilişkin yapılmış anlaşmalar uyarınca kulüp sorumlu olacak hem de bir hakemin fiziksel olarak yaralanması nedeniyle kişisel bir sorumluluk ortaya çıkacaktır⁵⁷⁴. Sporcunun en kötü ihtimalle haksız fiil sorumluluğu altında olduğu konusuna değinmeye gerek yoktur⁵⁷⁵. Ancak mesele, kulübün de

⁵⁷⁴ Bkz. 6222 sayılı kanun md. 5: “Ev sahibi spor kulüpleri;

a) Spor alanlarında sağlık ve güvenliğe,

b) Müsabakanın yapılacağı yerde konuk takım seyircilerine bağımsız bir bölüm ayırmak ve taraftarlar arasında temas olmamasını sağlamaya yönelik olarak, ilgili spor federasyonları ve uluslararası spor federasyonları tarafından belirlenen önlemleri almakla yükümlüdür.

Spor kulüpleri, müsabakanın güvenliğini sağlamak amacıyla il veya ilçe spor güvenlik kurullarının kendileriyle ilgili olarak aldığı kararları yerine getirmekle yükümlüdür.

Birinci ve ikinci fıkralar kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla özellikle;...”.

⁵⁷⁵ Taraftarlar, hakemler, spor tesisleri bir yana, rakibe yapılan bazı fiiller dahi yeri geldiğinde bu değerlendirmeye konu olabileceklerdir. YHGK, 06.11.2013 T., 2013/4-364 E., 2013/1543 K.: “...Spor müsabakaları hukuka uygunluk nedeni bakımından değerlendirildiğinde; Kanun’un verdiği yetkinin kullanılması bakımından, bir sporcu, ilgili spor kurallarının kendisine verdiği yetkiyi kullanmaktaysa, yaptığı hareketler sonucu bir zarar doğmuş olsa bile bu zarar nedeniyle sporcunun sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Zira oyun kurallarına uygun hareket etmiş olması nedeniyle sporcunun eylemi hukuka uygun kabul edilecektir. Bununla birlikte sporcunun eylemi oyun kuralları içinde kalsa bile spor ahlakı denilen “fair play” kurallarına aykırı olması halinde de BK 41/2 maddesi uyarınca hukuka aykırı sayılmalı ve rakip sporcuya bu şekilde davranan sporcunun sorumlu olacağının kabul edilmesi gerekmektedir (Ş. Ertaş, H. Petek, Spor Hukuku, Ankara-2005 s. 313). Mağdurun rızası ile ilgili hukuka uygunluk nedenine gelince, emredici hukuk kurallarına, ahlak ve kişilik haklarına aykırı olmadığı takdirde, mağdurun rızası eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Eylem emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı ise, mağdurun rızası olsa bile hukuka uygun hale gelmeyecektir. Spor karşılaşmalarında sporcular, oyun kuralları içersinde kalması koşuluyla rakiplerinin müdahalelerine izin verdikleri kabul edilmektedir. Burada sporcuların rakiplerine verdikleri izin kendilerini yaralaması konusunda olmayıp, oyun kurallarının izin verdiği müdahalelerdir. Bu nedenle eylemin oyun kuralları içersinde kalan bir eylem olduğunun tespiti önemli olacaktır. Zararı göze alma konusuna gelince, spor veya gösteri amaçlı oyun ve yarışmalara katılan kişilerin, katıldıkları oyun ve yarışmalardan doğabilecek yaralanmaları ve benzer sonuçları göze alarak katıldıkları kabul edilir. Burada verilen izinden kasıt oyunda yaralanmaya açıkça izin değil, yarışmalardan doğabilecek yaralanma ve benzer sonuçlarını görüp göze alıp oyuna ve yarışmaya katılmasıdır. Sporcu oyuna ve yarışmaya katılırken, oyun kuralları çerçevesinde meydana gelebilecek normal yaralanmalara izin verdiğinin kabulü gerekir, yoksa oyun kurallarına uymayan eylemlerle karşıdaki sporcuya verilen zararlar için izinden bahsedilmesi mümkün olmayıp söz konusu eylem sporcunun kişilik haklarına yapılan bir saldırı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. (Ertaş,/Petek, a.g.e. s. 63).

Sonuç olarak, zarara sebep olan kişinin oluşan yaralanmaların hepsi için sorumlu tutulması ilgili müsabaka kurallarına uyulmuş olması halinde, her halükarda yerinde olmayıp, sporcuların, ancak tasvip edilen sertliğin ve böylece adil olmanın sınırlarının aşıldığı durumlar bakımından yaralanmalar nedeniyle sorumlu tutulmalıdırlar (R. Gülşen, Spor Hukuku, Ankara 2013 s.78) Ağır bir kural ihlalinin ne zaman kabul edilebileceği ise yapılan spor müsabakasının çeşidine bağlı olarak her somut olayın koşulları göz önüne alınarak araştırma yapılması gerekmektedir...” (KİB).

(varsa organizasyon anlaşmasının hükümlerine göre sorumluluğu haricinde, hakeme karşı) sorumlu olup olmayacağıdır.

Bu durumda da kulübün, sporcunun (ve hatta teknik direktör, malzemeci gibi diğer kişilerin) fiilleri neticesinde hakemin (veya gözlemci, yönetici gibi diğer kişilerin) gördüğü zarar karşısında, doğrudan hakemle bir hukuki ilişki içerisinde olmasalar da, (hakemi görevlendiren organizasyonla doğrudan bir ilişki içerisinde olmaları sebebiyle) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü uygulanmak suretiyle sorumlu olması uygun olacaktır. Aynı şekilde, sporcuların, müsabakaların oynandığı spor alanlarındaki teknik ekipman, stadyum gibi yapısal unsurlara vs. verdikleri zararlardan dolayı da⁵⁷⁶ kulübün, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olması uygun olacaktır⁵⁷⁷.

Diğer taraftan, sporcuların seyirciler gibi üçüncü kişilere (sporcunun tribüne çıkarak bir seyirciyi dövmesi gibi) zarar vermeleri durumunda, kulüplerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında sorumluluğa tabi olmaları durumu söz konusu olacak mıdır⁵⁷⁸, sorusu sorulabilir. Ev sahibi kulüp açısından cevap daha kolaydır. Zira zararı veren oyuncu ev sahibi kulüp oyuncusu ise, zaten seyirciler ile kulüp arasında bir seyir sözleşmesine⁵⁷⁹ bağlı sözleşme ilişkisi⁵⁸⁰ bulunduğundan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilebilir. Konuk takım oyuncularının ev sahibi takımın seyircilerine veya ev sahibi takımın oyuncularının konuk takımın seyircilerine kasten bir zarar verdiği ihmalde ise, zarar veren oyunculara sahip takım

⁵⁷⁶ Gerçi özel hükümler dolayısıyla, bir şekilde bu zararlar kulüplerden tahsis edilecek olmakla birlikte, bir federasyona, kanun, yönetmelik veya bir talimatnameye bağlı olmadan amatör yapılan organizasyonlarda, bu durum ayrıca önem arz edebilir.

⁵⁷⁷ Örneğin, otomobil yarışçılarının (Sporcuların) seyircilere karşı, organizatörün yardımcı kişisi sayılabileceklerine ilişkin olarak bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 114.

⁵⁷⁸ Heermann, **a.g.e.**, Pn. 350 vd.

⁵⁷⁹ Bkz.: Petek, **a.g.e.**, 659: “...Seyirciler ile sportif faaliyet düzenleyen organizatörler arasında kurulan seyirci sözleşmeleri gereği organizatör, sporcuların sportif faaliyetlerde bulunmasını organize etmekte, kapalı statlarda veya spor salonlarında ya da açık mekânlarda düzenlenen bu etkinliklere seyircilerin biletle girerek bu faaliyetleri izleme imkânını onlara sunmaktadır. Eğer bu şekilde seyirciler dışındaki kişilerin girmesine ve izlemesine kapalı bir organizasyon yoksa, seyirci sözleşmesinden söz edilemez...”.

⁵⁸⁰ Nitelik olarak, eser sözleşmesi ile ilişkilendirilmesi için bkz.: Petek, **a.g.e.**, s. 668.

bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi imkanı kabul edilebilmelidir⁵⁸¹. Bu gibi durumda en azından, TBK md. 66 hükmüne gitmenin her anlamda baki olduğu düşüncesindeyiz.

Veya kulübün, stadyumda güvenliği sağlamak için görevlendirdiği görevlisinin, misafir takım oyuncularının soyunma odasından birşeyler çalması durumunda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında, ikili bir durum karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce bu durumda hem güvenlik şirketi, hem de ev sahibi kulüp, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında güvenlik görevlisinin fiillerinden sorumlu olmalıdır. Özel güvenlik firmasının, eşyaları çalınan kulüple bir ilişkisi olmadığı, dolayısıyla da, güvenlik firması ile hırsızlığa maruz kalan kulüp arasında TBK md. 66'nın değerlendirilmesi akla gelebilir ise de, burada sözleşmenin, üçüncü taraf olan misafir kulüp yararına da olduğu ve hizmetin doğrudan alacaklısı oldukları gibi düşüncelerle, yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin TBK md. 116 hükümlerine gitmenin doğru olacağı kanısındayız.

Nitekim doktrin de, spor kulüplerinin sorumluluğuna ilişkin görüşümüzü destekler niteliktedir⁵⁸². Örneğin bir sporcu, bir kulübeye, antrenman yapılan bir

⁵⁸¹ Kural olarak spor kulüplerinin, katıldıkları organizasyonların şartlarına uymak noktasında çok sayıda yükümlülükleri bulunmaktadır; ki bu hususları içeren anlaşmanın onaylanmaması halinde zaten turnuva, şampiyona gibi organizasyonlara katılım mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, organizasyonda yer alan kulüp ve organizatör kuruluşlar arasında sözleşmesel ilişkilerin de mevcut olduğunu ifade edebiliriz; ayr. inc. Türkmen, **Spor**, s. 38 vd.

⁵⁸² Eklemek gerekir ki, spor hukuku ve organizasyonları, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları düşünüldüğünde, bazı durumlarda son derece ağır ve illiyet bağından uzak yaptırımları karara bağlayabilmektedir. Örneğin, bir spor kulübünün, sahasında (seyircisiz) oynamış olduğu bir maçta, stad dışarısındaki üçüncü kişilerin paraşüt ile uçurarak saha içerisine indirdikleri meşaleden dolayı cezalandırılması örneği, çalışmamızda ele aldığımız, gerek kabul ettiğimiz gerek reddettiğimiz görüşlerin ve incelediğimiz yüksek yargı kararlarının hiçbirisi ile açıklanamayacak bir yaptırım ve uygulama örneğidir. Bu örnekteki fiilleri gerçekleştiren kişiler, stadyum içerisine kulübün rızası ile sokulmuş kişiler olsalar idi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve hatta doğrudan borçlunun sorumluluğuna gidebilirdik. Ancak somut olay, bu spor kulübünün sorumlu tutulması noktasında, kusur, hakimiyet alanı, rıza, (kulübe yöneltilebilecek) illiyet bağı gibi çalışmamızda incelediğimiz koşulların tamamını dışlamış bir örnektir. Sözün kısası, spor hukuku eksenli olaylar değerlendirildiğinde, genel hukuki kurallar ve somut hükümler ile bağdaşmayan uygulamaların teşhis edilebileceğini eklemeliyiz.; somut olay için bkz. çvr. <https://www.dw.com/tr/uefadan-fenerbah%C3%A7eye-ceza/a-16634517>, sz. 02.07.2018 ve UEFA kararı ve ayrıntılı inceleme amacıyla bkz. çvr. <http://www.uefa.com/insideuefa/disciplinary/news/newsid=1925336.html>, sz. 02.07.2018, konuya ilişkin CAS/TAS (hakem incelemesi ve kararı) kararı için bkz. çvr. <http://www.tas->

kamp sahasına vs. bir zarar verdiği zaman, burada yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk; yine bu sporcu herhangi bir üçüncü kişiye bir şekilde spor faaliyetleri kapsamında zarar verdiğinde ise duruma göre, TBK md. 66 uygulanabilecektir⁵⁸³. Aynı şekilde, organizatör veya kulüplerin, sporcularının seyirci gibi kişilere verdikleri zararlardan veya seyir sözleşmesi ile sportif organizasyon faaliyetine katılan kişilerin zarara uğramasından ötürü, doğrudan ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumluluğa tabi tutulacaklarını eklemek gerekir⁵⁸⁴.

Yine aralarında kombine bilet satışı ile kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunan seyirci ve kulübün bulunduğu bir örnekte, kulüp çalışanlarının veya sporcularının, genel olarak hukuka veya bağlı olduğu organizasyonların kurallarına aykırı kasti fiilleri neticesinde, takımın ulusal veya uluslararası organizasyonlardan men edilmesi, seyircisiz oynama ile cezalandırılması gibi hallerde, seyir hakkından mahrum kalan seyircinin uğradığı, normatif zararlar dahil zararların da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri ile tazmin edilmesi gerekir. Burada, seyirci ile kulüp arasındaki sözleşmede, bu tarz bir durumda kulübün sorumlu olmayacağına dair hükümler bulunmasının da, genel işlem koşulları denetiminde olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bahsi geçen ve ihlal oluşturan davranışların, sporcu veya kulüp çalışanları tarafından değil, diğer seyirciler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ise, gerekli önlemleri almaması sebebiyle, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gerek kalmadan, (varsa) doğrudan kulübün kendi kusur sorumluluğuna gidilebilir.

5. Nihai Değerlendirme

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulama alanının genişliği de dikkate alındığında, yukarıda verdiğimiz örnekleri artırmak elbette mümkündür. Burada örnek verdiğimiz eşya hukuku ilişkileri (ve diğer örnekler) bakımından, Türk

cas.org/fileadmin/user_upload/Award20313920FINAL.pdf szt. 02.07.2018.

⁵⁸³ Bernhard Reichert, **Grundriß des Sportrechts und des Sporthaftungsrechts**, Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1968, s. 173.

⁵⁸⁴ Reichert, **a.g.e.**, s. 226 vd., 229; ayr. inc. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 114.

Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinin uygulanmasının temelini ne olduğu sorusunun cevaplandırılması noktasında ise, aşağıda belirteceğimiz iki hüküm özellikle rol oynamaktadır.

Bahsettiğimiz hükümlerden ilki (ZGB art. 7) TMK md. 5'te düzenlenen, “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” hükmü⁵⁸⁵ iken; diğeri ise TBK md. 646'da düzenlenen, “*Bu Kanun, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.*” hükmüdür⁵⁸⁶. Bahsi geçen hükümlerden ilkinde göre, Türk Medeni Kanunu tarafından kaleme alınmış genel hükümler, uygun düşmeleri kaydıyla, ayırım yapılmaksızın tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır. 6098 sayılı kanunun da Türk Medeni Kanunu'nun bir tamamlayıcısı olduğunun kabul edilmesi vesilesiyle de, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin de, uygun düştüğü ölçüde diğer özel hukuk ilişkilerine uygulanması yorumu ortaya çıkacaktır.

Yine İsviçre Medeni Kanunu'nun 7. maddesinden⁵⁸⁷ dayanakla, sorumsuzluk anlaşmaları da dahil olmak üzere Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin de, diğer hukuki ilişkilere uygulama imkanı olduğunun belirtmek gerekir⁵⁸⁸. Zira bahsi geçen maddede, Borçlar Kanunu'nun genel niteliğe haiz hükümlerinin “borcun doğumu, ifası ve sona ermesi” noktalarında, uygun düşen diğer medeni hukuk ilişkilerine de uygulanacağı ifade bulunmaktadır⁵⁸⁹. Hatta (TBK md. 116 – OR art. 101) BGB 278. paragrafta düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, kamu hukuku kaynaklı borç ilişkileri bakımından da kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 5.

⁵⁸⁶ Bkz. Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 3; hükümlere ilişkin olarak ayr. bkz. Tunçomağ, **Esaslar**, s. 5 vd.

⁵⁸⁷ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 175.

⁵⁸⁸ Bucher, **a.g.e.**, s. 71; Dolayısıyla, genel olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümler de, Türk Medeni Kanunu'ndan doğan diğer borç ilişkileri bakımından uygulanacaktır, Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 5.

⁵⁸⁹ ZGB md. 7: “*Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.*”.

⁵⁹⁰ Fundel, **a.g.e.**, s. 59; Schulze, **a.g.e.**, § 278, Pn. 6.

Dolayısıyla toparlayacak olursak, yapılacak bir yorum neticesinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu hükmünün de, niteliği uygun düştüğü ölçüde diğer özel hukuk ilişkilerine de kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir⁵⁹¹. Bu hususta, aile hukuku, eşya hukuku, miras hukuku ilişkilerinin kıyasen uygulama kapsamında değerlendirildiğinde şüphe bulunmamaktadır⁵⁹². Ancak, bu gibi alanlarda her ne kadar yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kıyasen uygulanabileceği ifade ediliyor olsa da, kanaatimizce, kanun tarafından düzenlenmiş (örneklerdeki gibi) özel hukuk ilişkileri bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğrudan uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi de mümkündür. Bu nedenle, aile hukuku, eşya hukuku, miras hukuku gibi alanlarda verdiğimiz, kanunun düzenlediği hukuki ilişkiler eksenli somut olaylarda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri (tıpkı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş borç ilişkilerinde olduğu gibi) doğrudan uygulanabilir demek gerekir.

Aynı şekilde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin genel hükümler gibi, örneğin Alman Medeni Kanunu'nda borçlunun sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin (TBK md. 112 vs.), gerek sözleşmeden doğan borç ilişkilerine, gerek kanundan doğduğu ifade edilebilecek borç ilişkilerine, gerekse de medeni kanun (borçlar kanunu) dışında düzenlenmiş borç ilişkilerine de uygulanabileceği ifade edilmektedir⁵⁹³. Ayrıca, bahsettiğimiz bu hükmün de, kamu hukuku kaynaklı borç ilişkileri bakımından da, kıyasen uygulanması gerektiğine değinilmektedir⁵⁹⁴. Dolayısıyla, bu hükümlerin uygulamasının, geniş kapsamda nazara alınması gerekeceğini belirtmek yanlış olmaz.

⁵⁹¹ Şenocak, **Yardımcı**, s. 291.

⁵⁹² Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 11; ayr. bkz. Yarg. 3. HD, 27.05.2014 T., 2014/6645 E., 2014/8309 K.: "...MK.m.5 hükmüne göre, Borçlar Kanununun genel nitelikleri hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu itibarla, borçların doğumuna, ifasına ve sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde Miras Hukuku alanında da uygulama alanı bulacağı tereddütsüzdür..." (SMİP).

⁵⁹³ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 9.

⁵⁹⁴ Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 9.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

I. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumsuzluğa İlişkin Anlaşmaların Geçerliliği ve Sınırları

A. Genel olarak

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta önemli hususlardan bir diğeri ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk¹ anlaşmalarıdır². Genel olarak sorumsuzluk anlaşmaları, özellikle bankacılık, inşaat vs. gibi büyük ölçekli işler başta olmak üzere her alanda uygulanabilmektedir³. Sorumsuzluk anlaşmalarının açıkça veya zımni olarak⁴ yapılabileceğini ifade edebiliriz⁵.

Ayrıca, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tümünden kaldırılabilceği de düşünüldüğünde, sorumsuzluk anlaşması, daha doğrusu sorumsuzluk anlaşması bulunmaması da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından birisi

¹ Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak ise doktrinde, “Ademi Mesuliyet Mukavelesi”, “Ademi Mesuliyet Kaydı”, “Mesuliyetten Kurtulma Kaydı”, “Mesuliyeti Ref veya Tahdit Anlaşması”, “Ademi Mesuliyet Şartı”, “Sorumsuzluk Kaydı”, “Sorumsuzluk Anlaşması” gibi ifadelerin kullanıldığı ve kavram olarak aynı hususu ele aldıkları ifade edilmektedir. Bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 5.

² Bkz.: Bucher, **a.g.e.**, s. 351 vd.; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 394, Pn. 663; Büren, **a.g.e.**, s. 397; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 163 vd.; Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin maddeler, birden fazla fıkarda, farklı sınırlamaları bünyesinde barındırmaktadır. Buna bir de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerini eklediğimizde, sorumsuzluk anlaşmaları başlığı altında ilk bakışta kompleks bir yapıyla karşılaştığımızı, doktrinde olduğu gibi bizim de çok defa değerlendirme anlamında duraksama yaşadığımızı ifade etmeliyiz. Bu noktada şematik olarak TBK md. 115 ve 116 anlamında sorumsuzluk anlaşmalarının incelenebilmesi bakımından ayr. bkz.; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 291, Pn. 106.

³ Şenocak, **Yardımcı**, s. 236.

⁴ Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 82.

⁵ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 43; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 483; Tschudi, **a.g.e.**, s. 52; Antalya, **Borçlar**, s. 317; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 23; Akman, **a.g.e.**, s. 33; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 76; Wiegand, **Bassler**, Art. 100, Pn. 3; inc. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 454.

olarak tasnif edilebilir⁶. Ancak, yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasının tarafı olan borçlunun, yardımcıların seçimi, gözetimi, talimatlandırılması, organizasyon çevresini işe uygun şekilde oluşturması gibi açılardan sorumluluğu devam edecektir⁷; ki bu sebeple sorumsuzluk anlaşmaları, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun olumsuz bir şartı olarak incelenmek yerine, bu bölümde ayrıca ele alınmaktadır.

Sorumsuzluk anlaşmalarının yapılabilmesi gibi, sorumluluk tutarı ve tazminatın biçimi de taraflarca kararlaştırılabilecektir⁸. Bu tarz anlaşmaların, borca aykırılık durumunun ortaya çıkmasından önceki bir tarihte yapılması halinin “*ceza şartı anlaşması*”, sonraki bir safhada yapılmış olması halinin ise “*sulh – uzlaşma anlaşması*” olarak isimlendirildiği ifade edilmektedir⁹. Böyle bir belirleme olmadığı durumda, tazminatın kapsam ve niteliğinin belirlenmesi, hakimin takdirine göre gerçekleşecektir¹⁰. Ayrıca, sulh anlaşmaları da sözleşmenin içeriğini belirleyen kanuni sınırlara tabi olacaklardır ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda ve karar yetkisinin kamu gücünü kullanan organlarda bulunduğu hallerde¹¹, sulh anlaşmaları da geçerli olmayacaktır¹².

Yardımcı kişilerin fiillerinden (veya genel anlamda) sorumsuzluğa ilişkin anlaşmalar, taraflar arasındaki borç ilişkisini doğuran sözleşmede düzenlenecek hükümler doğrultusunda oluşturulabileceği gibi¹³, asıl anlaşmadan ayrı bir anlaşma

⁶ Uygur, **a.g.e.**, s. 3228; bu şekildeki tasnif için bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 31 vd.

⁷ Büren, **a.g.e.**, s. 397; Lörtscher, **a.g.e.**, s. 167; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 899; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 53.

⁸ Karahasan, **Sözleşme**, s. 306.

⁹ Karahasan, **Sözleşme**, s. 306.

¹⁰ Karahasan, **Sözleşme**, s. 306.

¹¹ Evlenme, boşanma, soy bağının reddi, babalık, velayet vs. gibi, Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 15.

¹² Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 14 vd.

¹³ Yardımcı kişilerden sorumluluk ve sorumsuzluk konusunda dikkatimizi çeken Roma hukuku metinlerinden birini de, hemen bu noktada örnek olarak: D. 4, 9, 7 (Ulpianus’un Edictum üzerine on sekizinci kitabından): “*Bir geminin sahibi gemi adamlarının davranışlarından dolayı, onlar özgür kimseler olsalar da, köleler olsalar da sorumlu olmalıdır, ki bu sebepsiz değildir, çünkü o onları riski kendi üzerinde olmak üzere işe almıştır. Ama o, zarar gemisinde verilmiş olması dışında sorumlu değildir, zarar gemi dışındayken verilmiş ise zarar veren kişiler onun gemi*

konusu şeklinde de yapılabilecektir¹⁴. Aynı şekilde, sorumsuzluğa ilişkin bu anlaşmalar, borç ilişkisinin doğumundan sonraki bir zamanda da yapılabilecektir¹⁵. Ancak anlaşma olmaksızın, borçlunun tek taraflı olarak irade beyanı ortaya koyması, sorumsuzluk meydana getirmeyecektir¹⁶. Örneğin, herhangi bir belgede, mağazanın duvarında, üründe¹⁷, otoparkta bulunan, borçluyu veya yardımcıları sorumsuz tuttuğu belirtilen kayıtların veya bir spor karşılaşmasında hoparlörlerden verilen sorumsuzluğa dair ifadelerin, hukuken tek başına bir değeri bulunmayacaktır¹⁸. Benzer şekilde, bir mağazadan alınan belirli bir ürünün kurulumu veya daha sonra tamiri için gelen yetkili kişilerin, servis öncesinde veya sonrasında alacaklıya imzalattıkları belgede, bu yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtların, hiçbir geçerliliği olmaması gerekir. Öyle ki, böyle bir durumdaki alacaklı, bu hizmeti borçludan almak zorundadır ve hizmeti vermekle

adamları olsalar dahi sorumlu olmayacaktır. Dahası, eğer o her yolcunun kendi eşyalarından sorumlu olacağı ikazında bulunmuşsa, o zararlardan sorumlu olmayacaktır, ve yolcular uyarının şartlarında uyumuş olduklarından, o dava edilemez.” şeklinde tercüme edebileceğimiz metindeki haliyle verebiliriz. Görüldüğü üzere örnekte, yardımcı kişilerin zarara sebebiyet verdikleri fiillerden dolayı, kural olarak sorumluluk doğacağını, ancak yine bu gibi bir durumda da sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği ve bunun da sorumluluğu engelleyeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmasının ve hatta yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında yapılabilecek sorumsuzluk ihtiva eden kayıtların, Roma hukukundan günümüze bu gibi örneklerle uzandığını belirtebiliriz; Bahsi geçen metin için ayr. bkz. Güven, **a.g.e.**, s. 78 vd.: “D. 4, 9, 7 pr. Ulpianus libro octavo decimo ad edictum: *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit. item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.*”; Çvr. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D4_Scott.htm#IX, sz. 29.11.2017.

¹⁴ Şenocak, **Yardımcı**, s. 237; Kahveci, **a.g.e.**, md. 115, Pn. 2.

¹⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 454; Antalya, **Borçlar**, s. 350.

¹⁶ Koller, **101**, s. 111; Akman, **a.g.e.**, s. 38; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 455; Kahveci, **a.g.e.**, md. 115, Pn. 4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 880.

¹⁷ Gerçekten, bu gibi tek taraflı kayıtlara hemen her alanda rastlamaktayız. Hatta bu kayıtların birçoğu ürün, hizmet gibi şeylerden dolayı sorumsuz olunmayacağına dair ifadeler içermenin ötesinde de, ileride doğabilecek sorumlulukları aşabilme düşüncesiyle, hukuk nazarınca ve hatta genel mantık kurallarınca da kabul edilemeyecek ifadeler içerebilmektedirler. Örneğin, bir sporcu içeceğinin kabındaki yazıya baktığınızda, içeceğin, spordan önce, sonra ve spor esnasında tüketilmemesine yönelik ibareler bulunmaktadır. İçeceğin kullanılabileceği tüm ihtimallerin yasaklandığı bu gibi ibareler, şüphesiz, ortaya çıkabilecek zararlı etkiler karşısında mahkemeye sunulmayı denenecek yollardan birkaçıdır. Bunun gibi, bir hizmetin sunulmasında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin doğrudan kayıtlar bulunmamakla birlikte, mantık kavramı etrafınca açıklanamayacak ibare ve anlaşmaların da, geçerli bir sorumsuzluk anlaşması etkisi doğuracak belirlemeler olarak nazara alınmaması gerektiğini ifade etmeliyiz.

¹⁸ Şenocak, **Yardımcı**, s. 236; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 164; Serozan, **C. III**, s. 279, Pn. 2.

mükellef olan borçlunun, kendi lehine olan bu şekildeki şartları alacaklıya dayatması, hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır. Bu gibi hükümler, şartları oluşması halinde Genel İşlem Şartlarına ilişkin hükümler vesilesiyle de bertaraf edilebilecektir; ki bu durum aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

Aynı şekilde, tek taraflı sorumsuzluk kaydının öne sürüldüğü bir örnekte, bir kütüphanedeki eşya dolaplarının mesai saati bitimine kadar kullanıcılar tarafından boşaltılmamış olması halinde, kütüphane personeli tarafından açılacağı ve eşyaların kaybı başta olmak üzere meydana gelebilecek zararlardan dolayı sorumsuz olunacağına dair bir kayda itibar edilmemesi gerekir. Burada, kütüphane ile kullanıcı arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ne olursa olsun (kütüphane ister kamu kurumu, isterse özel bir kurum ve hatta ister ücretsiz isterse de ücret karşılığında faydalanan bir yer olsun), kişinin kütüphane dolaplarındaki eşyalarının uğrayacağı bu somut örnekteki zararlardan dolayı çalışanların doğrudan ve kütüphanenin ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarınca sorumluluk altında olmaları olağandır.

Farklı olarak, somut olayda alacaklının, borçlunun tek taraflı beyan ettiği sorumsuzluk kayıtlarına itiraz edilebilme imkanı olmasına rağmen itiraz etmemesinin veya herhangi bir aksi beyanda bulunmamasının da, tek taraflı beyanın kabul edilmiş sayılmasına sebep olabileceği belirtilmiştir¹⁹. Hatta bir adım ileri gidilerek, borçluların belirli yerlere asmak suretiyle ilan ettiği sorumsuzluk şartlarının dahi belirli durumlarda, sorumsuzluk şartı olarak nazara alınabileceği belirtilmiş; ancak yine de, özel hüküm gibi engelleyici bir düzenlemenin bulunduğu hallerde, bu gibi beyanların da geçersiz olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰.

Ayrıca, tarafların doğrudan bir husustan, yardımcı kişiden vs. sorumsuzluk kaydı belirlemeleri bir yana, kanunda belirli durumlar için öngörölmüş hükümlerin değiştirilmesi (ki bu durum sözleşme özgürlüğü²¹ çerçevesinde mevcut şartların

¹⁹ Alniak, **a.g.e.**, s. 335.

²⁰ Alniak, **a.g.e.**, s. 336.

²¹ Bucher, **a.g.e.**, s. 89 vd.; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 24; Leipold, **a.g.e.**, s. 45 vd.

zorlaştırılması veya yeni şartlar eklenmesi suretiyle ortaya konulabilecektir²²) durumlarında da, doğrudan olmasa da dolaylı sorumsuzluk daraltma anlaşmaları²³ bulunduğu ifade edilmektedir²⁴. Örneğin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin doğrudan bir anlaşma yapılmamasına rağmen, TBK md. 223'deki ayıbın ihbarı için “işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek” ve “uygun bir süre içinde ona bildirmek” şeklinde ele alınmış durumlar için belirli bir süre tayin edilmiş olması gibi haller, dolaylı sorumluluk daraltma durumuna örnek verilebilir. Yine, malın ayıplı çıkması durumunda alıcının dönme hakkını kullanmayacağını ve yalnızca diğer haklarından birini kullanacağını kararlaştırılmış olması da, duruma örnek gösterilmektedir²⁵. Ancak böyle bir anlaşmanın geçerli olabilmesinin de, satıcının ayıplı mal satmakta ağır kusurlu olmaması ön şartına bağlı olacağını hatırlatmak gerekir²⁶; ki aksi durumda sorumsuzluk ihtiva eden bu anlaşma, geçersiz olmalıdır²⁷.

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak belirtebileceğimiz bir diğer husus ise şekil hususudur. Kural olarak, taraflar sözleşmelerinin taraflarını, sözleşmenin içeriğini, süresini vs. sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe belirleyebilecekleri gibi, sözleşmenin şeklini de²⁸ kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi²⁹ dolayısıyla serbestçe belirleyebileceklerdir³⁰. Sorumsuzluk anlaşmaları için herhangi bir özel şekil öngörülmemiştir³¹. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kaydının

²² Koller, **101**, s. 109 vd.

²³ “Mittelbare Haftungsbeschränkungen”.

²⁴ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 75.

²⁵ Şenocak, **Yardımcı**, s. 235.

²⁶ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 126.

²⁷ Bkz. TBK md. 221: “Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”.

²⁸ “Der Grundsatz der Formfreiheit”; bkz. TBK md. 12/1: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”; Wien, **a.g.e.**, s. 59 vd.

²⁹ “Vertragsfreiheit- Privatautonomie”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 4; Bucher, **a.g.e.**, s. 87 vd., 160; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 82, Pn. 111.

³⁰ Bucher, **a.g.e.**, s. 160 vd.; inc. Zirlick, **a.g.e.**, s. 163 vd.; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 82, Pn. 111; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 39.

³¹ Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 39.

koyulacağı asıl borç ilişkisine dair sözleşmenin, kanunen bir şekil şartına tabi sözleşmelerden olmasının da, sorumsuzluk anlaşmasını aynı şekilde yapmayı gerektirmeyeceği, zira sorumsuzluk anlaşmasının, asıl sözleşmenin esaslı noktalarından birisi olmayacağı belirtilmektedir³². Buna paralel olarak, TBK md. 13 hükmünde de, metinle çelişmeyen tamamlayıcı nitelikteki yan hükümlerin, asıl sözleşmenin şekline uyma kuralı dışında olduğu düzenlenmiştir³³. Ancak, sorumsuzluk anlaşmalarının bir sözleşmede önemli bileşenlerden bir tanesi olduğunu kabul eden bakış açısına göre ise, sorumsuzluk anlaşmaları asıl sözleşmeden ayrı olarak düzenlendiği takdirde, asıl sözleşmenin şekil şartlarına uyulması gerekir, denilmektedir³⁴. Buradaki yorum farklılığı, sorumsuzluk anlaşmasının esas sözleşmenin unsurları içerisinde nasıl bir öneme ve dolayısıyla da niteliğe sahip olduğu hususundaki ele alınış tarzından kaynaklanmaktadır.

Taraflar sorumsuzluk anlaşmalarını asıl sözleşmede veya bağımsız bir sözleşme ile yapabilirler. Sorumluluk doğduktan sonra ise ancak, sulh³⁵ veya ibra sözleşmesi yapılabileceği ifade edilmektedir³⁶. Dolayısıyla, sorumsuzluk anlaşmaları zararın doğumu anına kadar yapılmış olmalıdır³⁷. Bu noktada eklemeliyiz ki, sorumsuzluk anlaşmaları, esasen doğmamış bir hakka ilişkin bir çeşit ibra³⁸ olarak da nazara alınabilmektedir³⁹. Ancak buradaki ibra benzeri durum, ibranın serbestisine

³² Şenocak, **Yardımcı**, s. 237; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 42 vd.; Akman, **a.g.e.**, s. 42.

³³ TBK md. 13: “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*

Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.”.

³⁴ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 134.

³⁵ Genellikle ibra sözleşmesinin hukuki sebebini oluşturduğu yönünde ayr. Kılıçoğlu, **Tazminat**, s. 131 vd.

³⁶ Nomer, **Genel**, s. 313, Pn. 181; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 46 vd.; Alniak, **a.g.e.**, s. 344; Kahveci, **a.g.e.**, md. 115, Pn. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 881.

³⁷ Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 881; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 46;

³⁸ Bkz. TBK md. 132: “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.”.*

³⁹ Nomer, **Genel**, s. 313, Pn. 181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 880.

tabi değil, aksine çeşitli sınırlamalara tabidir⁴⁰. İbradan da farklı olarak, tazminat davalarında sıkça karşılaşılan bir kavram olarak, “*feragat*” kavramının ise, (HMK md. 307 vd. hükümlerinden ele alındığı şekli ile) usule ilişkin uyuşmazlığı sona erdirici bir işlem olarak ele alınabileceği belirtilmektedir⁴¹.

Borçlunun sorumluluğunun ortadan kaldırılması halinde, buna ilişkin anlaşmaların aynı zamanda borçlunun kullandığı yardımcı kişilerin verdiği zararlardan da mı sorumsuzluk anlamına geleceğinin ise, yorum gerektiren bir durum olduğu ifade edilmektedir⁴². Örneğin, borçlunun kendi lehine bir sorumsuzluk kaydı koymuş olması halinde, bunun örtülü olarak yardımcı kişilerin fiillerinden de aynı şekilde sorumsuz olmak anlamına gelebileceği belirtilmektedir⁴³. Kanaatimizce, borcun ifasında borçlunun sorumluluğunu sınırlandıran bir anlaşmanın varlığı halinde, (yardımcı kişiye gidilmesi sözleşmeyle yasaklanmamış, teamüle veya işin niteliğine de aykırı değil ise) borçlunun alacaklıyla arasındaki anlaşma uyarınca elde etmiş olduğu sorumsuzluk imkanı ölçüsünde, yardımcı kişinin fiillerinden dolayı da sorumluluğu azalmalıdır. Buna göre örneğin, borçlunun sorumluluğu hafif kusur için sınırlandırılmışsa, yardımcının hafif kusurla verdiği zararlardan da o ölçüde sorumsuz olmalı; kendi sorumluluğunun tümünden kaldırıldığı bir anlaşmada ise yardımcı kişinin verdiği zararlardan sorumsuz olmalıdır. Ancak, borçlunun kendi fiillerinden dolayı (aşağıda görüleceği üzere) kast ve ağır kusur dışındaki haller haricinde sorumsuz olabileceği düşünüldüğünde, borcun ifasından dolayı sorumsuz olacağı belirlenmiş borçlunun, yardımcı kişilerin fiilleri bakımından tamamen, kendi fiilleri bakımından ise yalnızca kanundaki (TBK md. 115) sınırlar ölçüsünde sorumsuz olacağını söylemek gerekir.

Bir diğer ihtimal ise, sözleşmedeki sorumsuzluğa ilişkin hükümden ne anlaşılması gerektiğine dair ihtilaf olması durumudur. Tıpkı genel işlem koşullarına ilişkin hükümler içeren sözleşmeler bakımından TBK md. 23’deki “*Genel işlem*

⁴⁰ Serozan, C. III, s. 283, Pn. 6.

⁴¹ Ayrıntılı olarak bkz.: Kılıçoğlu, *Tazminat*, s. 132 vd.

⁴² Şenocak, *Yardımcı*, s. 236.

⁴³ Koller, **101**, s. 111.

koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” hükmünde olduğu gibi, sorumsuzluk ortaya koyan ifadelerden neyin kastedildiği konusunda ihtilafa düşülmesi veya itiraz konusu edilmesi halinde de, bir karar vermek gerekecektir⁴⁴. Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler kapsamına girmeyen durumlarda, şüphesiz bu hükümden doğrudan yararlanmak mümkün olmayacaktır. Zira kanun, bahsi geçen hükümlerin uygulama sahasını buna göre belirlemiştir. Kanaatimizce bu gibi bir durumda, genel işlem koşulu içeren sözleşmelere ilişkin hükmün aksine, ikiye ayırarak inceleme yapmak yerinde olacaktır. Buna göre, somut olayda yardımcı kişi kullanılması yoğun bir şekilde alacaklının menfaatine hizmet ediyor veya yardımcı kişinin kullanılması arzusu doğrudan alacaklı taraftan gelmiş ise ve elbette yorum konusunda da ihtilaf var ise, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumlu olmamak arzusuyla hareket ettiğinin; yok eğer böyle bir durum mevcut değil ise, aksinin kabul edildiğinin tespit edilmesi, somut olayda hakkaniyet dengesini sağlamaya daha uygun olabilecektir.

Diğer taraftan, alacaklıyla arasında sorumsuzluk anlaşması bulunan borçlu, yardımcı kişi kullanılmasının açık sözleşme hükümleri, teamül veya işin niteliği gereği yasak olduğu hallerde, kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden ise yukarıda belirttiğimiz üzere doğrudan kendisi sorumlu olmalıdır. Zira caiz olmamasına rağmen yardımcı kişi kullanılması, kast veya ağır ihmal derecesinde kusuru ortaya koyacaktır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, tarafların açık irade beyanları ile ortadan kaldırılabilmesi dışında, bazı durumlarda zımni irade beyanı sayılabilecek hususların da, yardımcı kişilerin fiillerinden üstü kapalı sorumsuzluk ifade edebileceği belirtilmektedir⁴⁵. Örneğin, borçlunun yardımcı kişinin, gözetim ve denetimi alacaklıya ait olmak üzere, borçluya ait bir borcun ifasında kullanılmış olması halinde, açıkça bir sorumsuzluk kaydı bulunmasa da, durumun üstü kapalı bir

⁴⁴ Ayr. bkz.: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 191 vd.

⁴⁵ Becker, **Obligationenrecht**, Art. 100, Pn. 2; a.e., Art. 101, Pn. 25; Koller, **101**, s. 111; Wiegand, **Bassler**, Art. 100, Pn. 3.

sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir⁴⁶. Ancak başka bir görüşte ise, tıpkı sorumsuzluk kayıtlarının ağır kusur halinde geçerli olmamaları gibi, yardımcı kişilerin alacaklı denetimi altında çalışmaları halinde de, borçlunun sorumsuz olduğunun doğrudan kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁴⁷.

Bu tartışmada kanaatimizce, yardımcı kişinin alacaklının faaliyet alanında çalışıyor olması, doğrudan onun fiillerinden dolayı borçlunun sorumlu olmayacağı sonucunu meydana getirmemelidir. Ancak, ortaya çıkan zararları doğuran fiillerin, borçlunun yardımcı kişisine talimat verme yetkisine sahip alacaklı veya alacaklının yardımcı kişilerinin verdikleri talimatlardan kaynaklandığı somut durumlarda, borçluyu sorumlu tutmamak uygun olabilir. Şöyle ki, bir sitede güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen kişinin, görevi olmamasına rağmen kendisine apartman yönetimi tarafından başka bir iş yaptırılması (veya kısa süreliğine bir iş için yardımına başvurulması halinde) durumunda, borçlu güvenlik görevlisi firması değil, apartman yönetimi veya yönetici sorumlu olmalıdır⁴⁸. Örneğin, apartmanın dışının boyanması için iskele kuran boyacıya yardım etmesi istenen güvenlik görevlisinin, yanlış bir hareketi neticesinde iskele altında duran arabaların zarar görmesine sebebiyet verdiği bir durumda, olayın alacaklının (apartman yönetimi) denetim ve talimatı altında gerçekleştiği belirtilebilir. Normal şartlarda bir borcun ifası için görevlendirilen yardımcı kişinin, işiyle alakası olmayan bir fiilden dahi verdiği zararlardan borçlunun sorumluluğunun doğabileceğini ifade etmiş olmakla birlikte, burada sorumluluğun alacaklı üzerinde bulunduğunu kabul etmek durumundayız.

Ancak böyle bir halde de, yine yardımcı kişinin ve dolayısıyla da borçlunun sorumluluğu doğabilir. Örneğin, görevi olmadığı halde boyacının kendisine yardım etmesi isteğini geri çevirmeyen güvenlik görevlisinin, görev yerini terk ettiği sırada içeri giren kişilerin verdikleri zararlardan dolayı ise, yardımcı kişi ve borçlunun sorumluluğu doğmalıdır. Zira o, geri çevirmesi gereken teklifi kabul ederek, görevini

⁴⁶ Koller, **101**, s. 111.

⁴⁷ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 361 vd. ve s. 362 dn. 8.

⁴⁸ Apartman yöneticisinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olabileceklerine ilişkin olarak, bkz. Caspers, **Staudinger**, § 278, Pn. 92.

ihmal etmiştir. Bununla birlikte, teklifin alacaklı tarafından yapılmış olduğu durumda ise, ortak kusur⁴⁹ dolayısıyla farklı yoruma gitmemiz gerekebilir.

Bunların dışında, alacaklının kontrol ve talimatları altında hareket eden borçlunun yardımcılarının, yine alacaklının talimatlarından kaynaklanan zararlar vermeleri durumunda borçlunun sorumluluğuna gidilemeyecek olsa da, alacaklının hakimiyeti veya talimatlarıyla alakası olmayan durumlardan (bu bahsettiğimiz yardımcılar alacaklıya hakaret etmeleri, onun bir malını çalmaları vs.) dolayı ise, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu devam edecektir. Bu sebeple, sırf kısmen alacaklının hakimiyet sahasında görev alıyorlar diye, borçluyu bu kişilerinin fiillerinden doğacak sorumluluktan bağımsız tutmamak gerekir. Diğer bir ifade ile, borçlunun yardımcılarının alacaklının hakimiyet ve talimat sahasında bulunuyor olması, somut olayda borçlunun sorumluluğuna gitmemize engel olabilecekse de, diğer başka somut olaylarda ise bu durumun tersi de olabilecek, borçlu sorumlu kabul edilebilecektir.

Yine genel olarak bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunduğu durumlarda, sözleşmede sorumluluğu daraltan veya kaldıran hükümlerin, yalnızca salt sözleşmenin ihlalini teşkil eden fiiller bakımından uygulama alanı bulması yanında, aynı davranışlar haksız fiil teşkil ediyorlar ise, bunlara da uygulanmasının teorik olarak mümkün olduğu da belirtilmiştir⁵⁰. Bu düşünceye göre, taraflar sorumsuzluğu ancak açıkça sözleşmenin ihlali kapsamında ele almış olduklarını belirtmedikleri sürece, bu şekilde yorumlanmalıdır⁵¹. Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı bir olayda ise, tam tersi bir yorumla, haksız fiiller anlamında sorumsuzluğun kaldırılmasına olumsuz yanıt verildiğini de görmekteyiz⁵². Öyle ki, haksız fiillerden doğan sorumluluğun, tarafların bu konudaki iradeleri göz önünde bulundurulmaksızın kanun tarafından emredici bir surette

⁴⁹ “Mitverschulden”, Rumpf, **a.g.e.**, § 17, Pn. 41.

⁵⁰ Michael Hochstrasser, **Freizeichnung Zugunsten und Zulasten Dritter**, Diss. Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, s. 47 vd., Pn. 125 vd., 132; Gürsoy, **Yarışma**, s. 180; Almak, **a.g.e.**, s. 333.

⁵¹ Gürsoy, **Yarışma**, s. 180 vd.

⁵² Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 50, Pn. 133.

düzenlendiğine ve dolayısı ile de tarafların bunun aksini düzenleyemeyeceklerine değinilmektedir⁵³. Kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği düşüncesi de, failin haksız fiillerinden dolayı sorumsuz olması yönünde önceden bir anlaşma yapabilmesinin önündeki engel olarak zikredilebilir⁵⁴.

Diğer taraftan, sorumsuzluk şartlarının sınırlarını belirleyen hükümlerin, (ZGB art. 7) TMK md. 5'te düzenlenen “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” hükmü dolayısıyla, Türk Medeni Kanunu'na tabi durumlarda da uygulanacağı belirtilmektedir⁵⁵.

Aşağıda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından yapılabilecek anlaşmalarda rol oynayabilecek hüküm ve hukuki kurumlar incelenecektir.

B. Genel İşlem Koşulları Açısından

Yukarıdaki genel değerlendirmelerimiz ardından ilk inceleyeceğimiz husus, genel işlem koşullarının⁵⁶ konu bakımından uygulanmasıdır. Esasen genel işlem koşulları tüm borç ilişkileri bakımından uygulanabileceğinden, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta veya genel olarak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından bir özellik arz etmiyor gibi görülebilir. Ancak, günümüz uygulamalarında borçların ifasının çoğunun yardımcı kişiler marifetiyle ifa edildiği, özellikle büyük ölçekli iş yapan kurumların sorumluluktan kaçma istekleri düşünüldüğü taktirde; genel işlem koşullarına⁵⁷ ilişkin hükümlerin sorumsuzluk anlaşması ile birlikte ele alınmasının da

⁵³ Alniak, **a.g.e.**, s. 333; haksız fiiller alanında sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin görüşlere dair ayr. bkz. İnal, **Aykırılık**, s. 604 vd.

⁵⁴ Karahasan, **Sözleşme Dışı**, s. 63.

⁵⁵ Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 37.

⁵⁶ Tekel kapitalizminin doğurduğu güçlüklerin aşılmasında bir araç olarak bkz.: Theo Rasehorn, "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizpraxis", **Kritische Justiz**, Nomos, C. 4, S. 4, 1971, s. 428; Dieter Hart, "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem", **Kritische Justiz**, Nomos, C. 4, S. 3, 1971, s. 269 vd.; Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 60 vd.

⁵⁷ “Allgemeine Geschäftsbedingungen veya Allgemeine Vertragsbedingungen”.

son derece önemli olduğunu belirtmeliyiz⁵⁸. Ayrıca, sorumsuzluk kayıtlarının daha ziyade genel işlem koşulları içerisinde gizlendiğinin⁵⁹ ve genel olarak sorumsuzluk anlaşmalarının genel işlem koşulları içerisinde sıkça yer aldığının⁶⁰ belirtildiğini de, eklemek gerekir. Dolayısıyla, kısaca da olsa genel işlem koşullarına değinilmemesi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu anlamında, sorumsuzluk anlaşmaları konusunu eksik bırakabilecektir.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, esasen Türk hukukunda tanınmasına rağmen, 818 sayılı kanun döneminde genel işlem koşulları açısından kanunumuzda somut bir düzenleme bulunmamaktaydı⁶¹. Yine genel işlem koşullarına ilişkin olarak, Alman pozitif hukukunun ise 1976 tarihli (AGBG) *Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz* düzenlemesine sahip olduğunu⁶² ve 2002 yılı itibari ile de, BGB § 305 vd. hükümlerinde genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin düzenlendiğini⁶³; konuya ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu’nun ise, Alman hukukunda olduğu gibi genel pozitif bir düzenlemeye sahip olmadığını belirtmek gerekecektir⁶⁴.

Alman düzenlemesinde yer aldığını ifade ettiğimiz bu hükümler, Türk Borçlar Kanunu tarafından düzenlenen genel işlem koşulları hükümlerinden daha ayrıntılı olarak ele alınmışlardır. Buna ilişkin olarak, eski Alman kanununda 11. paragrafın 7 numaralı başlığında, genel işlem koşulları ile borçlunun kullandığı yardımcı kişilerinin veya kanuni temsilcilerinin kast veya ağır kusurlarıyla verdikleri

⁵⁸ Bkz., Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 100, Pn. 4.

⁵⁹ Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 25.

⁶⁰ Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 100, Pn. 16.

⁶¹ Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 24; Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 571; inc. Yeşim M. Atamer, **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 47 vd.

⁶² Atamer, **İşlem**, s. 40; Aydoğdu, **Kişi**, s. 587: “Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun”.

⁶³ Aydoğdu, **Kişi**, s. 587.

⁶⁴ Bkz. Schwarze, **a.g.e.**, s. 582, Pn. 60; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 54, Pn. 147; Atamer, **İşlem**, s. 43 vd.; inc. Murat Aydoğdu, **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, md. 21, s. 10 vd.

zararlardan dolayı sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olacağı düzenlenmişti⁶⁵. 2002 yılı itibariyle, Alman Medeni Kanunu'na yönelik yeniliklerde yer alan, farklı paragraf, aynı numaralı metinde ise, yardımcı kişi gibi şahısların kast ve ağır kusurları ile karşı tarafa verdiği yaşam ve vücut bütünlüğünün ihlali teşkil eden zararlardan olduğu gibi, sözleşmenin ihlali teşkil eden durumlarda da sorumsuzluğun toptan kaldırılması veya sınırlandırılmasına dair kayıtlarının geçerli olmayacağı düzenlenmektedir⁶⁶. Ancak aynı hükümde, bu hükümlerde düzenlenen yasakların, devletin resmi izniyle oynatılan loto ve piyango oyunlarına ilişkin sözleşmelerde ve (yolcuların aleyhine düzenlenmiş olmadıkça) yolcu taşıma işlerine ilişkin kanunlardaki sair durumlarda uygulama alanı bulmayacağı da düzenlenmektedir⁶⁷.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise, genel işlem koşullarını pozitif bir düzleme oturtmaktadır⁶⁸. Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler TBK md. 20 ila 25 maddeleri arasında yer almaktadır⁶⁹. Dolayısıyla 6098 sayılı kanunun yürürlüğü döneminde sorumsuzluk anlaşmaları bakımından, genel işlem koşullarına ilişkin somut düzenlemeler de ele alınacaktır. Ancak, incelendiğinde açıkça görüleceği üzere, borçlar hukukumuzda pozitif hükümler olarak dahil olan bu

⁶⁵ AGB-G § 11/7: “In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam...

...ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht; dies gilt auch für Schäden aus der Verletzung von Pflichten bei den Vertragsverhandlungen;...”.

⁶⁶ Zerres, **a.g.e.**, s. 195; § 309/7: “Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam...

...ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

...ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;...”.

⁶⁷ Bkz. BGB § 309/7; ayr. inc.: PBefG: “Personenbeförderungsgesetz”.

⁶⁸ Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 24; Aydoğdu, **Kişi**, s. 571.

⁶⁹ Aydoğdu, **Kişi**, s. 572.

kurumun, Alman Medeni Kanunu'ndaki gibi ayrıntılı bir düzenlemeden ziyade, konuyu genel hatları ile ele aldığını belirtmeliyiz. Yukarıda ifade ettiğimiz doğrultuda, kanunumuzda doğrudan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin bir hüküm ise yer almamaktadır. Kanımızca bu durum, yani Alman kanun koyucusunun genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme içeren sözleşmelerde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin doğrudan hükümler oluşturması, sözleşmenin zayıf tarafını daha fazla korumak ve sorumsuzluk anlaşmalarının genel işlem koşulları ile de birleştğinde alacaklıyı tam anlamda savunmasız bırakması tehlikesinden ileri gelmektedir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk da dahil olmak üzere genel olarak sorumsuzluk kayıtlarının, çoğunlukla genel işlem koşulları içerisinde gizlenmesi ve dayatılması durumu ortaya çıkmaktadır⁷⁰.

Diğer taraftan ifade etmek gerekir ki, 6098 sayılı kanun ile getirilen genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu için yeni olsalar da, Türk pozitif hukuku bakımından genel işlem koşullarını düzenler nitelikteki ilk hükümler değildirler⁷¹. Bu husustaki ilk hükümler ise 1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kabul edilmişlerdir⁷². Bahsi geçen kanunun 6. maddesinde “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığı altında düzenlenen hüküm, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında da daha kapsamlı olarak ve konuya ilişkin Avrupa Birliği yönergelerini de dikkate almak suretiyle tekrar kaleme alınmıştır⁷³. Bahsi geçen yürürlükteki düzenlemede haksız şartlar ise, *“Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır...”* şeklinde

⁷⁰ Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 25.

⁷¹ Aydoğdu, **Kişi**, s. 571 vd.

⁷² Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 161, Pn. 500; Aydoğdu, **Kişi**, s. 571 vd.; bu kanun içinde de genel işlem koşullarına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığına dair bkz. Atamer, **İşlem**, s. 47 vd.

⁷³ Özellikle maddenin gerekçesinde, 9. fıkrasının konuya ilişkin AB yönergesini iç hukuka aktarıyor olduğuna dikkat çekilerek “...Bu yönetmelikte özellikle 93/13/AET sayılı AB yönergesinin ekinde verilmiş olan “haksız şartlar listesi” yer alacaktır...” denilmektedir.

tanımlanmış⁷⁴ ve haksız şartların yaptırımını ise tıpkı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine paralel olarak “...Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez...” şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak her iki düzenlemede de, eski Alman Genel İşlem Şartları Yasası ve yürürlükteki Alman Medeni Kanunu’na benzer bir düzenleme ve dolayısıyla da doğrudan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığını söylemek gerekir. Diğer taraftan, tüketicinin korunmasına ilişkin kanun hükümlerine tabi olması gereken bir durumda, tüketicinin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine gidememesi, ancak bu hükümleri tamamlayıcı olarak kullanabilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁵. Aynı şekilde, Türk Ticaret Kanunu’nda md. 55/f ile düzenlenen hükümde belirtilen haksız rekabetin ihlali sayılan hallerde de, yine doğrudan bu kanun hükümlerine gidilmek gerektiği ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin ise tamamlayıcı olarak başvurulmak üzere ikinci planda olacağı ifade edilmektedir⁷⁶. Bu hükümde ise sözleşmelerde haksız şartlar kullanılması, haksız rekabet⁷⁷ kurallarının ihlal edilmesi olarak nazara alınmaktadır⁷⁸. Bu noktada İsviçre’ye bakacak olursak, İsviçre Kanun koyucusunun da 1988 yürürlük tarihli (UWG⁷⁹) Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun’un “sözleşmede haksız genel işlem

⁷⁴ 4077 sayılı kanunda bulunan “...iyi niyet kuralına...” ifadesinin yanlış olduğu ve “dürüstlük kuralı” ifadesi kullanılmasının doğru olduğu belirtilmektedir; ki yeni hükümde bu ifade, dürüstlük kuralı olarak değiştirilmiştir., bkz.: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, 2013, s. 169, Pn. 521.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 162, Pn. 501.

⁷⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 162, Pn. 502.

⁷⁷ “Unlauterer Wettbewerb”, Rumpf, **a.g.e.**, § 21, Pn. 14.

⁷⁸ Bkz. TTK md. 55/f-1.2.: “Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur...”.

⁷⁹ “Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb”.

koşullarının kullanılması” başlıklı revize edilen 8. maddesinde⁸⁰, özellikle dürüstlük kurallarına aykırı olarak, tarafların sözleşme ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerini orantısız şekilde etkileyen hükümlerin, genel işlem koşulları olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir⁸¹.

Şu noktadan itibaren, Türk Borçlar Kanunu’ndaki genel işlem koşulları düzenlemesinden bahsederek konuyu değerlendirmek gerekir ise; Kanun koyucu genel işlem koşullarının tanımını “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*” ifadesi ile 20. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde yapmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, başkasının hazırladığı bir sözleşmenin de genel işlem koşulları olarak sunulması mümkündür⁸². Örneğin, aralarında ani edimli veya sürekli edimli bir sözleşme ilişkisi bulunan taraflardan borçlu, alacaklının hizmetine gönderdiği yardımcı kişilerinin hizmet edimini sunmadan önce, alacaklıya sorumsuzluk kayıtları içeren bir belgeyi imzalatmalarını istediğinde (bu tarz bir durum yukarıda da kısaca ifade ettiğimiz üzere, yetkili servisler tarafından denenebilir), bu belgenin esas sözleşme kurulduğunda henüz mevcut olmaması veya düzenleyenin bir başkası olması fark yaratmayacaktır.

Yine, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kayıtları ihtiva eden sözleşmelerin birbirine benzeyip benzememesi, maddelerinin farklı yerlerde olmaları, kullanılan cümlelerde farklı ifadelerin eklenmiş olması ve hatta aynı hususu

⁸⁰ Art. 8: Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen:

“...Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen...”; ayr. bkz. Aydoğdu, **Kişi**, s. 579 vd.

⁸¹ Ayrıca bkz.: Ali Haydar Yağcıoğlu, “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (Uwg Art. 8)”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Cilt III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, s. 3057 vd.; Ayşe Tülin Yürük, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2013, s. 45 vd.; Bkz. Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 55, Pn. 148-149; inc. Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 154; Aydoğdu, **Kişi**, s. 579.

⁸² Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 162, Pn. 503; Nomer, **Genel**, s. 72, Pn. 50a.

düzenleyen sözleşmelerde bir kısmının aynı, ancak diğerlerinin farklı olması halinde de, aynı olan sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulları sayılacağı ifade edilmektedir⁸³.

Kısaca ifade etmek gerekirse, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, genel işlem koşullarının sözleşmede yer alıp almadığına dair “yürürlük denetimi”⁸⁴, md. 23’de yer alan “yorum denetimi”⁸⁵ ve md. 25’de yer alan “içerik denetimi”⁸⁶ şeklinde denetim hükümleriyle sözleşmeyi ele aldıklarını belirtebiliriz⁸⁷.

Genel işlem koşulları ihtiva eden bir sözleşmenin aleyhe hüküm içeren koşullarının tek taraflı olarak dayatılması ve sözleşmenin de bu koşullarla imzalanmak zorunda bırakılması halinde, bahsi geçen koşullar yazılmamış sayılacaktır⁸⁸. Yazılmamış sayılma yaptırımını, Türk hukuk sisteminde ilk kez, genel işlem koşullarını düzenleyen 6098 sayılı kanun maddelerince hükme alınmıştır⁸⁹. Buradaki yazılmamış sayılma⁹⁰ yaptırımının yokluk mu, kesin hükümsüzlük mü,

⁸³ Atamer, **İşlem**, s. 61; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 163, Pn. 504.

⁸⁴ Ayrıca konuya ilişkin olarak, genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilme imkanı kendisine sunulan tarafın, bu imkanı kullanmayarak, okumadan ve anlamadan sözleşmeyi yapması durumunun ise, doktrinde “*Global Kabul*”, okunup anladıktan sonra sözleşme yapılmasının ise “*Tam (Bilinçli) Kabul*” olarak adlandırıldığının ifade edildiğini de belirtebiliriz. Ayrıma ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Murat Topuz, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1147 vd.; inc. Atamer, **İşlem**, s. 81 vd.

⁸⁵ Ayr. inc. Atamer, **İşlem**, s. 124 vd.

⁸⁶ Atamer, **İşlem**, s. 143 vd.

⁸⁷ Nomer, **Genel**, s. 73, Pn. 50a.

⁸⁸ “*nicht geschrieben*”, Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 28; TBK md. 21: “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*”

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”.

⁸⁹ Aydoğdu, **İşlem**, md. 21, Pn. 19.

⁹⁰ Belki de yazılmamış sayılma ifadesi, bir Roma hukuku özdeyişi olan, “*condicio illicita habetur pro non adiecta*” (inc. Liebs, **a.g.e.**, s. 49) kanuna aykırı/yasaklanmış bir şartın hiç eklenmemiş sayılacağına ilişkin bakış açısına paraleldir denilmelidir. Ancak konumuz gereği bu tartışmalara girmeyecek ve genel işlem koşullarına ilişkin hususların konumuza temas edebilecek noktalarının dışına çıkmayacağız.

yoksa kendine özgü bir geçersizlik hali mi olduğu hususu ise tartışmalıdır⁹¹.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından olaya bakıldığında, kendisiyle sözleşme yapılan borçlunun, alacaklıya sunduğu genel işlem koşullarına ilişkin hükümler içeren bir sözleşmede, doğrudan bir sorumsuzluk kaydının bulunmasının da, genel işlem koşulları kapsamında değerlendirileceğini belirtebiliriz. Örneğin, banka ile yapılan bir sözleşmede, gişe görevlisi gibi görevlilerin veya hizmet sunulurken kullanılan gsm operatörlerinin zarar meydana getirebilecek fiillerinden sorumlu olunmayacağına ilişkin hükümler kullanması; konut olarak kullanılan bir binanın veya bir alışveriş merkezinin, güvenlik hizmetleri için anlaşılan firmanın görevlendireceği güvenlik görevlilerinin kusurlarından sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar koyarak sözleşme sunması; bir taşıma şirketinin, taşıyıcıların kişisel kusurlarından sorumlu olmayacağını kayıtlaması gibi örneklerde, genel işlem koşulları denetimleri şüphesiz yer alacaktır⁹².

Bu örneklerdeki hususların tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların da,

⁹¹ Metinde ifade ettiğimiz gibi, konu bakımından buradaki yaptırımın yokluk mu, kesin hükümsüzlük mü, kendine özgü bir hükümsüzlük türü mü olduğu hususlarında elbette çeşitli görüşlere ulaşabilmek mümkün olacaktır. Ancak konumuz kapsamını aşmamak adına bu noktadaki farklı görüşleri tek tek incelemeyeceğiz. Tartışmalar için ayr. inc. Topuz, **Genel İşlem Koşulları**, s. 1155 vd.; inc. Aydoğdu, **İşlem**, md. 21, Pn. 20 vd.

⁹² Esasen, bankalar gibi borçlu taraflarının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmaları değerlendirirken, genel işlem koşullarının yanında, TBK md. 116/3 gereği sorumsuzluk anlaşması yapamayacak kişilerden sayılmaları gerekebileceğini de hatırlatmak gerekir. Ayr. bkz. Yarg. 11. HD, 04.02.1999 T., 1998/8627 E., 1999/468 K.: "...3182 sayılı Bankalar Yasasının 4. maddesinde, "bankaların ancak Bakanlar Kurulunun izni ile kurulabileceği vurgulanmış, aynı yasanın 13. maddesinde, bankalar dışında hiçbir gerçek ve tüzel kişinin mevduat kabul edemeyeceği ve bankacılık işlemi yapamayacağı açıklanmıştır. Keza yasanın 13/2 maddesinde yazılı ve sözlü olarak veya herhangi bir şekilde, halka duyurulmak suretiyle, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığında istenildiğinde veya belli bir vadede de aynı veya misli olarak iade edilmek üzere para alınmasının mevduat kabulü sayılacağı belirtilmiştir. Hükümet, halka güven vermek ve halkın parasının bankalarca değerlendirilebilmesi için tasarruf mevduat ve tasarruf mevduatı niteliğini haiz döviz tevdiat hesaplarının belli bir kesiminin ve son kez 5.5.1994 gün ve Resmi Gazetenin mükerrer 21925 sayılı nüshasında yayınlanan Hükümet Kararnamesi ile de mevduatın tamamının tasarruf mevduatı sigortasına tabi bulunduğunu açıklamıştır.

Bu hükümlerden çıkan sonuca göre, Türkiye'de Bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir. O halde Bankalar, BK.nun 99/2. maddesine tabi kuruluşlardır. Kural olarak BK.nun 100/2 ve 3. maddeleri uyarınca akdi sorumlulukta, sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün ise de, BK.nun 99/1 ve 2. fıkrası ile ağır kusur ve hafif kusur halinde baştan sorumluluktan kurtulma şartının mutlak olarak kabul edilemeyeceği kararlaştırılmıştır..." (KİB).

genel işlem koşulu sayılmama noktasında tek başına kıymetinin olmadığını⁹³ ve işin niteliği gereği veya dürüstlük kuralı gereğince o sözleşmede olmaması gereken hükümlerin bulunmasının kabul edilemeyeceğini⁹⁴ ifade edebiliriz. Dolayısıyla özellikle, alacaklının sözleşmenin karşı tarafını seçme imkanının dar olduğu veya mümkün olmadığı hallerde, bizim konumuz açısından da bu hükümler biraz daha önem kazanacaktır. Örneğin, yolcu taşımacılığıyla ilgili sözleşmelerde (bilhassa hava ve deniz taşımacılığında), yolcunun sözleşmenin karşı tarafını seçme imkanı oldukça daralabilmektedir. Uçakla yapılacak bir seyahat için kabul edilmek zorunda olan bir sözleşmede, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin bir madde bulunması halinde, şüphesiz bu hizmeti almak isteyen kişi, bu firmaların tekel veya tekele yakın konumları karşısında, sözleşmeyi olduğu gibi imzalamak zorunda kalacaklardır. Özellikle bu gibi durumlarda koyulan sorumsuzluk şartlarının, diğer tüm hususlar bir kenara bile bırakılacak olursa, ahlaka aykırı sayılması yerinde olacaktır⁹⁵.

Her ne kadar kanaatimizce, normal şartlarda bir kişinin zor durumundan faydalanılması veya seçme imkanı olmadığı bilinciyle bu durumdan istifade edilmesi ahlaka aykırı olarak kabul edilebilecekse de, gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gerekse de genel hükümler, bundan daha iyi imkanlar sunmaktadır; ki yazılmamış sayılmanın etkisini buna örnek olarak gösterebiliriz. Buna göre örneğin, genel işlem koşulu olarak öne sürülen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kayıtları yazılmamış sayıldığında, sözleşmenin diğer hükümlerinin de geçersiz olması söz konusu olmayacaktır. Bu hususa ilişkin md. 22'ye⁹⁶ göre, sözleşme yazılmamış sayılan maddeler dışındaki hükümleriyle yürürlükte kalmaya devam

⁹³ Bkz. TBK md. 20/3: “Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”.

⁹⁴ Bkz. TBK md. 25: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”.

⁹⁵ Koller, 101, s. 120; ayr. bkz.: Conrad H. Stockar, **Zur Frage der Richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach Schweizerischem Recht**, Bassler Studien Zur Rechtswissenschaft, S. 98, Basel & Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1971, s. 35 vd.

⁹⁶ Bkz. TBK md. 22: “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”.

edeceği gibi, düzenleyen taraf da yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürme imkanından mahrum olacaktır. Dolayısıyla, somut olaylardaki hizmeti almaktan başka bir çaresi bulunmayan taraf karşısında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu kaldıran bir hüküm düzenleyen borçlu, daha sonra sözleşmenin ifası aşamasında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğuracak bir olay meydana geldiğinde, hem yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kaydından yararlanamayacak hem de bu kaydın geçersiz olduğunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürerek, sözleşmenin geçersizliği yoluna gidemeyecektir⁹⁷.

Diğer taraftan, elektronik bir yazılım barındıran (bilgisayar, cep telefonu, tablet ve hatta otomobiller) cihazların uzaktan güncellenmeleri yapılırken, bu güncellemelerin kullanılabilmesi için, ürünü daha önce satın almış olan kişinin bazı sorumsuzluk anlaşmalarını kabul edilmek zorunda bırakılması da (genel işlem koşulları başta olmak üzere) nesnenin doğasına, hayatın doğal akışına uymamakta ve hatta bu (“EULA” olarak da ifade edilen “*son kullanıcı lisansı anlaşmaları*”)⁹⁸ anlaşmaları onaylamadan kullanamayan, yeni güncellemeler karşısında çekince dahi koyamayan kullanıcının, başka türlü davranma gibi bir imkanı da kalmamaktadır. Dolayısıyla, bu tarz elektronik sözleşmelerde de, gerek yazılımı kodlayan kişilerin, gerekse de o kişileri istihdam eden kurumun sorumlu olmaları gerekmektedir⁹⁹. Örneğin, (X) firmasının, (Y) firması tarafından üretilen, geliştirilen ve düzenli olarak güncellenen işletim sistemini kullanan cep telefonlarını sattığını varsayalım. Bu gibi bir durumda kötücül bir eklenti barındıran yeni güncellemeyi, yazılım sahiplerine kurduran (Y) firmasının ve çalışanlarının fiilleri nedeniyle, telefonu (Y) firmasının

⁹⁷ Esasen, sözleşmenin geçersiz olması, sözleşmenin sona ermiş olması veya tarafların sözleşme öncesi safhada olması hallerinde dahi, dürüstlük kuralına dayanan borç ilişkileri uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulanabileceğini kabul ettiğimiz için, burada borçlu, geçersizliği bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürebilip sözleşmeyi iptal edebilseydi dahi, yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde doğan zararları karşılamak zorunda olacaktı. Ayrıntılı olarak inc. B. III: IV/B.

⁹⁸ Örneğin, cep telefonları gibi yazılım barındıran cihazlarda, cihazın kullanılmaya başlanması ile bu EULA’nın kabul edilmiş sayıldığı ve bu EULA’nın kabul edilmemesi halinde ise cep telefonunun ve hatta yazılımın kullanılmaması gerektiği açıkça belirtilmektedir.

⁹⁹ Ayr. bkz. Thomas Dreier/Oliver Meyer-van Raay, **Handbuch des Technikrechts**, 2. bs., Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2011, s. 848.

yazılımıyla kullanılacak şekilde üreten ve bu konuda anlaşması olan (X) firmasının da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğabilecektir. Zira, benzer şekilde, bir yazılım firmasının yazılımı sunarken özel bazı hizmetler aldığı kişilerin fiillerinden dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁰; ki bu halde yazılımın hatalı veya kötücül içeriklere sahip olması riskini, bu kişiler üzerinden de yazılımı sunan borçlu üstlenmelidir. Gerçekten, eskiden doğrudan insan müdahalesi ile işleyebilen sistemlerin, günümüzde yaygın olarak otomatik (ve hatta otonom) şekilde hizmet sunması ve özellikle bankacılık işlemleri gibi son derece önemli işlemlerde elektronik hizmetlerin kötü işlemlerinden doğacak zararların potansiyel büyüklükleri düşünüldüğünde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, alt hizmet veren yazılım firması gibi firmaların gerçek/tüzel kişilerin fiillerini de kapsamaması, çoğu durumda çok önemli bir gereklilik olacaktır. Dolayısıyla bu gibi hallerde, seçme imkanı bulunmayan tüketicinin, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler kapsamındaki korumadan faydalanmaları ve sorumsuzluk anlaşmalarına karşı korunmaları uygun olacaktır.

Toparlayacak olursak, genel işlem koşulları düzenlemesinin teorik ve pratik değerlendirmesi, çok ayrıntılı ve önemi gereği ayrı bir inceleme konusudur. Kısaca, genel işlem koşullarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinin, sözleşmelere konulabilecek yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin hükümler bakımından da değerlendirmeye alınacağını ve somut olaydaki bu tarz koşulların yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşı karşıya kalabileceğini ifade etmek mümkündür.

C. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Sınırları Açısından

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa dair anlaşma ve kayıtların değerlendirilmesi kapsamında değinilmesi gereken bir diğer husus ise, sözleşmenin

¹⁰⁰ Dreier/Raay, **a.g.e.**, s. 848; Thomas Dreier/Rupert Vogel, **Software- und Computerrecht**, Frankfurt, Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, s. 187.

içeriğinin belirlenmesine¹⁰¹ ilişkin genel kurallardır¹⁰². Zira sorumsuzluk kayıtları da, sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan genel kanun hükümlerine tabi olacaklardır¹⁰³.

Kural olarak bir borçlu, alacaklı ile yaptığı bir sözleşmede sorumsuzluk kayıtlarından yararlanabilecektir; ki sözleşme özgürlüğü¹⁰⁴ ilkesi buna cevaz verecektir¹⁰⁵. Dolayısı ile bu sorumsuzluk kayıtları, tarafların sözleşmedeki arzularına göre korunmak istenen veya istenmeyen değere göre, farklı hususları kapsayacak şekilde konulabilecektir.

Yukarıda genel işlem koşulları başlığı altında, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde, şartları gerçekleştiği takdirde, somut olayda sorumsuzluk kayıtlarının yazılmamış sayılabileceğini ifade etmiştik. Bu ihtimalde taraflardan biri (düzenleyen), o şartların kabulünü şart kılmakta, diğer taraf ise mecbur kalarak sözleşmeyi tüm bu şartlarıyla kabul etmekte idi. Genel işlem koşullarından doğan bu ihtimalin dışında bir diğer ihtimal ise, kanunun diğer hükümlerince sözleşme serbestisine getirilmiş olan sınırlayıcı hükümlerdir.

Genel işlem koşullarının sunduğu denetim imkanları dışında, tarafların her ikisinin de uzlaşmaya varmış olmasına rağmen geçerli olmayabilecek sözleşme hükümleri olabilir. Buna ilişkin verebileceğimiz ilk kanun hükmü (ZGB art. 27) TMK md. 23/2'deki “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*” düzenlemesidir¹⁰⁶. Yine dikkate almamız gereken bir diğer hüküm ise, TBK md. 27/1'deki “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmüdür. Dolayısıyla, genel işlem

¹⁰¹ “Allgemeine innere gesetzliche Gültigkeitsschranken”, Zirlick, **a.g.e.**, s. 167.

¹⁰² Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 37, Pn. 100 vd.; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 192 vd.; Zirlick, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁰³ Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 37, Pn. 100; ayr. inc. Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 192 vd.

¹⁰⁴ Inc. Bucher, **a.g.e.**, s. 87 vd.

¹⁰⁵ Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 8; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 30, Pn. 84; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 100, Pn. 1; ayr. inc. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 81 vd.

¹⁰⁶ Zirlick, **a.g.e.**, s. 167; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 39, Pn. 106 vd.; ayr. inc. Helvacı, **a.g.e.**, s. 141 vd.

koşulları içeren sözleşmeler de, içerikleri bakımından, genel emredici hüküm niteliğindeki bu hükümlerin değerlendirmesinden bağımsız olmayacaklardır¹⁰⁷. Diğer bir ifade ile, sorumsuzluğa ilişkin kayıtlar, (şartları gerçekleştiğinde) genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere göre geçersiz olabilecekleri gibi, belirttiğimiz bu sözleşme içeriğini sınırlayan hükümlerin değerlendirmesi neticesinde de geçersiz olabileceklerdir¹⁰⁸.

Sözleşmenin içeriğinin ahlaka¹⁰⁹, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması hallerinde¹¹⁰, bu sınırlamaya aykırı hükümlerin veya sözleşmenin geçersiz olacağını görmekteyiz¹¹¹. Genel olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, kast veya ağır kusur bakımından dahi kaldırılabilmesinin ahlaka, kamu düzenine, dürüstlük kuralına aykırı olmadığı ifade edilmektedir¹¹²; ki Türk Borçlar Kanunu'nun da (TBK md. 116 hükmünde) buna açık olarak müsaade ediyor olması, bu ifadeyi destekleyecektir.

Bu konuyla ilgili olarak İsviçre doktrin ve uygulamasına göre de, yine iş anlayışlarına, genel mantığa göre kabul edilemez nitelikte olduğu anlaşılan sorumsuzluk anlaşmalarının ve yine vücut bütünlüğüne verilecek zararlardan dolayı sorumsuzluk içeren hükümlerin, ahlaka aykırı kabul edildiği ifade edilmektedir¹¹³. Kanaatimizce de uygun olan bu bakış açısına göre, vücut bütünlüğüne gelebilecek ve kişilik hakkı ihlali niteliğinde sayılabilecek zararlardan sorumsuzluk içeren kayıtlar geçersiz sayılmalıdır. Öyle ki, bu gibi sorumsuzluk kayıtlarının geçerli addedilmesi, borçlunun şahsen veya yardımcı kişilerinden bu yönde gelebilecek zararlardan dolayı alması gereken önlemleri almamak ve gerekli gayreti göstermemek konusunda bir

¹⁰⁷ Şenocak, **Yardımcı**, s. 239.

¹⁰⁸ Koller, **101**, s. 113.

¹⁰⁹ İnc. Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 136 vd.

¹¹⁰ Bkz. Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 152.

¹¹¹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 81 vd.; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 142; Bucher, **a.g.e.**, s. 250 vd.

¹¹² İnal, **Aykırlık**, s. 599.

¹¹³ Koller, **101**, s. 113 vd.

keyfiyete sahip olması tehlikesini ortaya çıkarabilecektir¹¹⁴.

Ancak yine bazı istisnai hallerde, (yalnızca somut olayın şartları içerisinde) yardımcı kişilerin fiillerinden meydana gelebilecek yukarıdaki paragrafta ele aldığımız zararlara ilişkin de sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği ifade edilmektedir. Örneğin, bir kişinin yeterince uzman olmadığı bir iş konusunda hizmetine başvurmak istendiği, ancak bu kişinin bu işi yapmak istemediği bir durumda, somut olayda alacaklının menfaat ilişkisi değerlendirildiğinde, borçlunun bu işi kabul etmesi karşısında, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesine cevaz verilebilecektir¹¹⁵.

Diğer taraftan, özellikle İsviçre hukuku kapsamında hakim olarak, vücut bütünlüğüne karşı verilecek zararlardan dolayı önceden yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olmayacağına dair bu hakim bakış açısı mevcut olmakla birlikte¹¹⁶, mevcut pozitif hükümlerin ise, esasen bu zararlardan sorumsuzluk kaydı koymaya engel hükümler içermedikleri de ifade edilmektedir¹¹⁷. Gerçekten, aşağıda inceleneceği üzere, İsviçre ve buna paralel olarak da Türk Borçlar Kanunu kapsamında, doğrudan buna engel bir hüküm bulunmamaktadır. Federal Mahkeme'nin ise, otomobil kazası neticesinde arabada bulunan başka bir kişinin yaralanmasının söz konusu olduğu bir olaya dair kararında, sorumluluk için değil, ancak kişinin uğradığı bu gibi zararlardan dolayı sorumsuzluk için ayrıca bir anlaşmanın bulunması gerektiğine ilişkin not düştüğünü belirtebiliriz¹¹⁸.

Bedensel zararların sorumsuzluk anlaşmaları kapsamında nazara alındığı somut örneklerden, ilk olarak, dağ turu yapmak isteyen bir kişinin, bu konuda pek de istekli olmayan bir rehber ile, kendisine yardımcı olması hususunda anlaşmaya

¹¹⁴ Koller, **101**, s. 113 vd.

¹¹⁵ Koller, **101**, s. 114.

¹¹⁶ Koller, **101**, s. 113 vd.; ayr. inc. Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 40, Pn. 108 vd.

¹¹⁷ Michael Hochstrasser, "Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden", **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)**, Zürich, Dike Verlag, 07/2016, s. 910, 917.

¹¹⁸ Bkz.: BGE 99 II 315 (323), "...Es hätte daher einer besonderen Abrede bedurft, nicht um die Haftung für Personenschaden einzubeziehen, sondern um sie auszuschliessen...".

vardığı bir olayda ve ikinci olarak, terkedilmiş bir yapıda¹¹⁹ eğitim yapılması konusunda bina sahibi ile anlaşmak isteyen kişilerin olduğu ve bina sahibinin (bunun sorumluluğunu almak istememesine rağmen), sorumsuz olabileceğine dair avukat beyanı üzerine, sorumsuzluk kaydı koyarak binanın eğitim amacıyla kullanılmasına izin verdiği bir olayda, tarafların sorumsuzluk kayıtları değerlendirilmektedir¹²⁰. Burada, her iki olayda da, tarafların yetişkin insanlar oldukları, yaptıkları anlaşmaların sonuçlarını bildikleri ve özgür iradeleri ile anlaşmaları yaptıkları belirtilmektedir; ki buna göre, eğer sorumsuzluk anlaşması yapılabilme imkanı olmasa idi, ilk olayda rehber (ki esasen o, rehberlik etmeye ve sorumluluk almaya gönüllü değildi), ikinci olayda da bina sahibi (ki esasen o, tesisini eğitimcilere açmaya ve sorumlu olma rizikosuna girmeye gönüllü değildi), kesinlikle böyle bir sorumluluk altına girmeyecek ve sözleşmeyi yapmayacaklardı denilmektedir¹²¹.

Yine bazı hallerde, doğrudan kanunun bir hükmüne aykırılık teşkil etmiyor olan bazı durumlarda, kamu düzenine aykırılık tespit edilmesi halinde de, geçersizlik yaptırımının uygulanacağı ifade edilmektedir¹²². Özellikle kanaatimizce, hizmet ve ürün alımı kaçınılmaz olan noktalarda, kendileriyle sözleşme yapılan elektrik dağıtıcısı, internet servis sağlayıcısı, haberleşme operatörleri gibi sözleşme taraflarının, sözleşmelere koyduğu sorumsuzluk kayıtlarının dar yorumlanması ve mümkün olduğunca bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Benzer şekilde, konusu ahlaka aykırı nitelik taşıyan sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır¹²³; ki bu sonucun doğması için amaçlanan gayenin kanunun emredici hükümlerince doğrudan yasaklanmış fiilleri konu edinmesine gerek yoktur¹²⁴. Dolayısıyla, kumarhane veya randevu evi işletilmesine ilişkin anlaşmalarda, esasen

¹¹⁹ Kısmen yıkılmış binalar özellikle deprem sonrası arama kurtarma eğitimleri için ideal olduklarından, Hochstrasser, **Personenschäden**, s. 911.

¹²⁰ Hochstrasser, **Personenschäden**, s. 911.

¹²¹ Hochstrasser, **Personenschäden**, s. 911.

¹²² Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 83, Pn. 278 vd.; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 37, Pn. 102; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 148.

¹²³ (OR art. 19, 20 – TBK md. 27); ayr. inc. Bucher, **a.g.e.**, s. 257 vd.

¹²⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 85, Pn. 282 vd.; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 38, Pn. 103.

baştan hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaştığımız için, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasının değerlendirilmesine gerek olmayacaktır. Öyle ki zaten, yukarıda eksik borç teşkil eden bir halde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kapsam dışında bırakıldığını belirtmiştik.

Diğer taraftan, somut olayda taraflardan birisinin tekel konumuna sahip olduğu bir durumda, tek taraflı olarak, tekel konumdaki bu kişi lehine sorumsuzluk anlaşması yapılması ihtimalinin de ahlaka aykırı sayılması gerekebileceği ifade edilmektedir¹²⁵; ki bu ifadeye katılmak gerekir. Örneğin, sportif alanda faal olan ulusal ve uluslararası federasyon, konfederasyon gibi yapıların tekel konumda bulundukları açıktır¹²⁶. Bu sebeple, bu kuruluşların yukarıda bahsi geçen şekilde (gerek organları, gerek yardımcı kişileri bakımından) tek taraflı bir sorumsuzluk anlaşması yapmaları, ahlaka aykırı bir durumun görünümü olarak nazara alınacaktır. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda, genel işlem koşulları, sorumsuzluğa ilişkin hükümler bir yana, ahlaka aykırılık kavramı vesilesiyle sözleşmenin içeriğini belirleme sınırlarının da sorumsuzluk anlaşmasını etkisiz kılabileceğini düşünmek gerekir.

Yine genel hükümlerin dışında, çeşitli kanunlarda ve çeşitli sözleşme ilişkileri için düzenlenmiş sorumluluğun kaldırılması ve kaldırılamamasına ilişkin hükümlerin de, ayrıca somut olayda dikkate alınması gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma işlerine ilişkin sorumluluğun kaldırılmasını engelleyici hükümleri buna örnek gösterilebilir¹²⁷. Aynı şekilde Türk Sivil Havacılık Kanunu hükümleri de, sorumluluğun sınırlandırılması bakımından farklı ve özel hükümler ele almıştır.

¹²⁵ Pfeiffer, **Soergel**, § 278, Pn. 60.

¹²⁶ Türkmen, **Spor**, s. 32.

¹²⁷ Kahveci, **a.g.e.**, md. 115, Pn. 21; bkz. TTK md. 853: “*Taşıyıcı ve taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işini 852 nci maddede öngörülen özel hükümlere bağlı bulunan bir kuruluşa gördürdükleri takdirde de Kanunun kendilerine yüklediği sorumluluğun hafifletilmesini veya kaldırılmasını isteyemezler. Değişik tür araçlar ile taşımaya ilişkin Dördüncü Kısım hükümleri saklıdır.*” ve TTK md. 854: “*Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları hâlinde de hüküm aynıdır.*”.

Örneğin, TSHK md. 124, buradaki husus bakımından zikredilebilir¹²⁸. Yine Karayolları Trafik Kanunu'nun sorumluluğun kaldırılamayacağına dair 111. madde düzenlemesini de bu noktada ekleyebiliriz¹²⁹.

D. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğa İlişkin TBK Madde 116/2 ve 116/3 Açısından

1. Genel Olarak

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk hususunda ana değerlendirme noktamız ise, bu başlık altında inceleyecek olduğumuz yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddesi hükümleridir.

Kanun koyucumuz, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenlerken, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin yapılacak kaldırma ve daraltma anlaşmalarını da aynı madde içerisinde ayrıca düzenlemiştir¹³⁰. Kanunumuz, sorumsuzluk anlaşmalarını diğer genel hükümlere bırakan İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı ve mevcut BGB § 278'in aksine, bu sistemi itibariyle, İsviçre'deki mevcut OR art. 101 ile uyum içerisinde bulunmaktadır¹³¹. Ancak Alman kanun koyucusunun (her ne kadar yürürlükteki İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarından

¹²⁸ Bkz.: “Taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması, 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kurulların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre tayin olunur.

Taşıyıcı, birinci fıkrada anılan sözleşme ve protokoller ile öngörülmüş bulunan sınırların yükseltilmesine ilişkin özel anlaşmalar yapmak veya bu nitelikteki anlaşmalara katılmak yetkisini haizdir.

Para kıymetinin değişmesi halinde, birinci fıkrada öngörülen sorumluluk sınırlarının yeniden belirlenmesine Bakanlar Kurulu yetkilidir.”.

¹²⁹ KTK md. 111/1: “Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir.”.

¹³⁰ Ayr. Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 7; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 24.05.

¹³¹ Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin olarak TBK md. 116'da ayrıca hükümler bulunması yerine, sorumsuzluk hususunun TBK md. 115'deki genel kurallara bırakılmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. Şeref Ertaş, “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011, s. 315.

farklı olarak genel hükümlerde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk paragrafında ayrı sorumsuzluk hükümleri belirtmemiş olmasına rağmen), genel işlem koşullarına ilişkin hükümler içeren kısımlarda da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasının sınırlarını belirleyici ayrı hükümler tahsis ettiğini, hatırlatmak gerekir.

Türk Borçlar Kanunu’nu değerlendirildiğinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin hükümlerin, 116. maddenin ikinci fıkrasında “*Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.*” ve üçüncü fıkrasında “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklinde düzenlendiği görülmektedir.

Doğrudan kanun incelendiğinde ikinci fıkranın aynen korunduğunu görmekte birlikte, üçüncü fıkrada önemli bir farklılığın olduğunu ifade etmek gerekecektir. Buna göre, 818 sayılı kanunda¹³², üçüncü fıkra kapsamına giren işlerden dolayı ancak hafif kusurla verilecek zararlardan dolayı sorumsuzluk kaydı getirilebileceği düzenlenmiş iken; 6098 sayılı kanunda ise bu fıkra hükmünde belirtilen kapsama giren işlerde, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı verilecek zararlardan dolayı yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarının, geçerli kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir¹³³.

OR art. 101/3¹³⁴,deki hafif kusuru da göz önüne alan düzenleme karşısında¹³⁵, mevcut TBK md. 116 düzenlememiz, bahsi geçen farklılık açısından, kaynak kanun

¹³² Bkz. BK md. 100/3: “*Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.*”.

¹³³ Farklılıklara ilişkin ayr. bkz. Kahveci, **a.g.e.**, md. 116, Pn. 32 vd.

¹³⁴ “*Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.*”.

¹³⁵ Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 11.

olan İsviçre Borçlar Kanunu'ndan da ayrı bir hükme yer vermiştir¹³⁶. Yine örneğin, İtalyan Medeni Kanunu'nun "*Clausole di esonero da responsabilità*" başlıklı 1229. maddesindeki, borçlunun kast veya ağır ihmaline yönelik yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarının hükümsüz olacağının ve ayrıca borçlu veya yardımcıların "kamu hukuku kaynaklı kurallara" aykırılık teşkil edecek olan fiillerinden dolayı da sorumsuzluğun kabul edilemeyeceğinin düzenlendiği hükmü de karşılaştırmaya değer farklı bir hüküm olarak sunabiliriz¹³⁷. Ancak, aynı kanunun 1228. maddesi hükmünde¹³⁸ ise, tarafların aksine anlaşması bulunmadığı takdirde, borçlunun borcunu yerine getirirken kullandığı üçüncü kişilerin kasıtlı ve ihmali davranışlarından dolayı sorumlu olduğunun düzenlendiğini görmekteyiz; ki buna göre, borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı sorumluluğu, her türlü kusur ağırlığını kapsamak suretiyle sınırlandırılabilir ve kaldırılabilir¹³⁹. Buradaki kast, ağır kusur, orta kusur, hafif kusur incelemelerinin borçlunun *fiili-gerçek* kusurunu¹⁴⁰ değil, onun farazi olarak suçlanabilmesini¹⁴¹ (kusurlu addedilebilmesini) ele aldığını hatırlatmak gerekir¹⁴².

2. TBK Madde 116/2 Açısından

TBK md. 116'nın getirdiği sorumsuzluk düzenlemesine geri dönecek olursak, kanunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun (kusurun derecesi ne olursa olsun) tamamen kaldırılması veya sınırlandırılması imkanlarını taraflara verdiği

¹³⁶ Zira, İsviçre mevcut düzenlemesinde son fıkra, hafif kusur haline cevaz vermektedir., Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1021; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 11.

¹³⁷ Bkz.: "*È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.*"

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico."

¹³⁸ "*Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.*"

¹³⁹ Akman, **a.g.e.**, s. 76.

¹⁴⁰ "*Tatsächliches Verschulden des Schuldners*".

¹⁴¹ "*Hypotetische Vorwerfbarkeit*".

¹⁴² Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 158; Zirlick, **a.g.e.**, s. 174; Florina Müller, **a.g.e.**, s. 601.

görülmektedir¹⁴³. Buna karşılık sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel bir düzenleme olan TBK md. 115'te ise, “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür...*” ifadesi bulunmaktadır. Bu durumda, bir tarafta sorumsuzluğun tamamen kaldırılabilmesi, diğer tarafta ise sorumluluğun ancak hafif kusuru kapsayacak şekilde kaldırılabilmesini düzenleyen iki farklı düzenlemeyle karşı karşıya bulunmaktayız¹⁴⁴. Dolayısıyla, (OR art. 100) TBK md. 115'e göre, sorumsuzluk anlaşmalarının kast ve ağır kusur durumlarında geçerli olmayacağını görmekteyiz¹⁴⁵; ki kısaca hatırlatmak gerekir ise kasta ilişkin olarak, bir zarara bilerek ve isteyerek sebebiyet vermek durumu¹⁴⁶, ağır kusur haline ilişkin olarak ise herkesin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi neticesinde bir zarara sebebiyet verilmesi durumu örnekleyebiliriz¹⁴⁷. Bu durumda, borçlunun kendi sorumsuzluğunu ortaya koyabileceği tek ihtimal olan, hafif kusur ise özellikle makul ve dürüst bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi olarak örneklendirilebilecektir¹⁴⁸.

¹⁴³ Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 33, Pn. 90; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 7; Büren, **a.g.e.**, s. 397; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 1020; Tschudi, **a.g.e.**, s. 51; Şenocak, **Yardımcı**, s. 240; Harke, **Allgemeiner Teil**, s. 246; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 42; Ayşe Havutçu, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011, s. 329; uygun olmadığı yönünde bkz. Vedat Buz, “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 103; Alniak, **a.g.e.**, s. 339; Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 130; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 10; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 184; Zirlick, **a.g.e.**, s. 174; İnal, **Aykırılık**, s. 599.

¹⁴⁴ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 166; Furrer/Wey, **Handkommentar**, Art. 101, Pn. 42; bkz. Alniak, **a.g.e.**, s. 331 vd.; Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 163; Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 10; Escher/Tuhr, **a.g.e.**, s. 130.

¹⁴⁵ Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 101, Pn. 10; Wiegand, **Bassler**, Art. 100, Pn. 4.

¹⁴⁶ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 92; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 387, Pn. 647; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 46; Pfeiffer, **Soergel**, § 276, Pn. 44; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 201, Pn. 7; Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 124; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 22.12 vd.; Schlechtriem, **a.g.e.**, Pn. 324; Weiler, **a.g.e.**, s. 240, Pn. 7; Looschelders, **Allgemeiner Teil**, Pn. 471; Jacoby/Hinden/Kropholler, **StudienKommentar**, § 276, Pn. 3; Schmidt, **Allgemeiner Teil**, s. 544; Förster, **a.g.e.**, s. 43, Pn. 152; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, Pn. 366; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 876; İmre, **a.g.e.**, s. 26; Kaneti, **a.g.e.**, s. 52; Klunzinger, **a.g.e.**, s. 304.

¹⁴⁷ Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 133; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 54 vd.

¹⁴⁸ Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 96; Ayrıca, ağır ihmâl kavramından bahsedilmesi halinde ağır kusurun, hafif ihmâlden bahsedilmesi haline ise hafif kusurun da kastedilmiş olacağına dair olarak

Bununla birlikte özel hüküm bulunan bazı hallerde, yardımcılarının fiillerinden dolayı da sorumluluğun sınırlanabilmesinin sınırlarının düzenlendiğini ise, TSHK md. 126'daki *“Zararın, taşıyıcının veya adamlarının zarar vermek kastı ile veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmâl sonucunda meydana geldiği ispat edildiği takdirde; bu Kanunda öngörülen sorumluluk sınırları uygulanmaz. Ancak, taşıyıcının işçileri veya temsilcileri gibi yardımcı kişilerinin meydana getirdiği sınırsız sorumluluk talebine mevzu olan zarar hakkında Borçlar Kanununun 55 inci madde hükümleri saklıdır.”* hükmü üzerinden örnekleyebiliriz.

Bahsi geçen hükümler (TBK md. 115, 116) anlamında örnek vermek gerekirse, bir evin duvarlarının sıvanması, su tesisatının yenilenmesi gibi bir işini bizzat üstlenen borçlu, alacaklıyla yaptığı anlaşmada ağır kusurla hareket etmesi neticesinden ortaya çıkaracağı zararlardan dolayı sorumlu olmayacağını düzenleyemeyecekken; bu işi yardımcı kişileri vasıtasıyla gerçekleştireceği somut başka bir örnekte ise, yardımcılarının vereceği zararlar bakımından ise tamamen sorumsuz olacağı yönünde bir anlaşma yapabilecektir¹⁴⁹. Ancak eklemek gerekir ki, buradaki anlaşmalar da, yine şartları gerçekleştiğinde, genel işlem koşulları ve sözleşmenin içeriğine ilişkin sınırlamaları düzenleyen genel hükümler kapsamında geçersiz olabilecek veya yazılmamış sayılabileceklerdir. Buradaki farkın nedenine ilişkin olarak, TBK md. 115'te, borçlunun doğrudan şahsi kusurlarına ilişkin sorumluluğunun kaldırılmasının düzenleniyor olması; diğer hükümde ise, borçlunun şahsi kusurundan değil de, başkasının fiillerinden dolayı sorumlu tutulmasının düzenlenmiş olmasından yola çıkılmakta; dolayısıyla, hukuk mantığı açısından, borçluyu kendi kusurundan dolayı yalnızca hafif kusurundan sorumlu tutmamanın, ancak yardımcı kişinin fiilinden ise tamamen sorumlu tutmamanın uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰. Ayrıca durumun tersinin düşünülmesi halinde, yardımcı

bkz. Oftinger, **Allgemeiner Teil**, s. 132.

¹⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 899; Şenocak, **Yardımcı**, s. 241; Ali Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977, s. 180.

¹⁵⁰ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 166; Şenocak, **Yardımcı**, s. 241; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 33, Pn. 90, 91.

kişilerin fiillerinden sorumluluğun bir sebep sorumluluğu olduğu sonucunun ortaya çıkacağı da ifade edilmiştir¹⁵¹.

TBK md. 116'da düzenlenmekte olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından, sorumsuzluk anlaşmalarının yapılabileceğini kanunun açık hükümlerine dayanarak da ifade etmekte ise de, TBK md. 66'da düzenlenmiş bulunan adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşması yapıp yapılamayacağının tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekir¹⁵². Dolayısıyla bu konuda olumlu¹⁵³ veya olumsuz¹⁵⁴ yönde cevaplara ulaşılabilecektir. Yine, her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu sistematüğinde bu yönde genel bir ifadeye rastlanmasa da, haksız fiillerden dolayı da sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği ifade edilmektedir¹⁵⁵. Bu bakış açısına göre, TBK md. 115 ve 116'daki sorumsuzluk anlaşması düzenlemeleri, haksız fiil sorumluluğu alanında da uygulanabilir olacaktır¹⁵⁶.

Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin ikinci fıkrada sorumsuzluk imkanı var olmasına ve dolayısıyla da borç ilişkisinde taraflar, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kaydından yararlanabilecek olmalarına rağmen; tarafların, yardımcının seçimi, gözetimi, talimatlandırılması gibi hususlardaki kendi kusurlarından dolayı sorumluluğunun baki olduğu da belirtilmektedir¹⁵⁷. Dolayısıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuz olmak isteyen borçlunun, organizasyon

¹⁵¹ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 166; ayr. bkz. Büren, **a.g.e.**, s. 394 vd.

¹⁵² Bkz. Çelik, **a.g.e.**, s. 57 ve dn. 178; adam çalıştırmanın sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı yönünde bkz. Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 393; Karahasan, **Sözleşme**, s. 568; aynı şekilde, haksız fiiller sahasında sorumsuzluk anlaşmalarının uygun görülmemesi yönünde, Alniak, **a.g.e.**, s. 332 vd.; sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi yönünde, Akman, **a.g.e.**, s. 113 vd.

¹⁵³ Akman, **a.g.e.**, s. 113 vd.; Zirlick, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, **Sorumluluk**, s. 393; Karahasan, **Sözleşme**, s. 568; Alniak, **a.g.e.**, s. 332 vd.

¹⁵⁵ Zirlick, **a.g.e.**, s. 166; Sözleşme dışı sorumluluğun da sorumsuzluk anlaşması yapılmak suretiyle ortadan kaldırılabilmesine dair, Wiegand, **Bassler**, Art. 100, Pn. 3.

¹⁵⁶ Zirlick, **a.g.e.**, s. 167.

¹⁵⁷ Büren, **a.g.e.**, s. 397; Lörtscher, **a.g.e.**, s. 167; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 899; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 53; Zirlick, **a.g.e.**, s. 173 vd.

çevresi bakımından da tam ve düzgün bir ifa ortaya koyuyor olması gerekecektir¹⁵⁸.

Yine, borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı gerek ağır kusur, gerekse de kast olsun, sorumsuzluk kayıtları koymak istemesinin ahlaka ve kamu düzenine aykırı bir husus teşkil etmeyeceği, ancak borçlunun kendi ağır kusur ve kast oluşturan fiillerinden dolayı sorumsuz tutulmasının ahlaka ve kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinin belirtildiğini de ekleyebiliriz¹⁵⁹. Netice itibariyle, kişinin kendi fiillerinden sorumluluğunu düzenleyen genel sorumsuzluk anlaşmaları maddesinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen hükümlere nazaran daha ağır bir yapıya sahip olduğu ifade edilebilir¹⁶⁰.

Burada bahsettiğimiz husus ile ilgili olarak Alman Medeni Kanunu'na baktığımız zaman ise, kanun koyucunun 276. paragrafta borçlunun kasti hareketlerine ilişkin olarak önceden rıza gösterilmiş olmasının geçerli olmayacağına dair bir düzenleme¹⁶¹ var iken, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin 278. paragrafta ise, bu fıkra hükmünün yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından uygulama bulmayacağı¹⁶² düzenlenmiştir¹⁶³. Yine kanun koyucumuzun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında sorumsuzluk kayıtlarını düzenlerken, mevcut İsviçre Borçlar Kanunu sistematüğinden kısmen ayrılarak, bazı noktalarda Alman Medeni Kanunu'na da yakın bir hüküm tahsis ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira her iki düzenlemede de takdiri hükümsüzlük imkanını görmek mümkün değildir. Ancak eklemek gerekir ki, Alman Medeni Kanunu sistematüğinde genel olarak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından, borçlunun kastından sorumlu olmayacağı kararlaştırılmıyor olmakla birlikte, hafif kusura ek

¹⁵⁸ Büren, **a.g.e.**, s. 397; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 899; ayr. Broglie, **a.g.e.**, Pn. 777 vd.

¹⁵⁹ Almak, **a.g.e.**, s. 339.

¹⁶⁰ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 166; ayr. inc. Zirlick, **a.g.e.**, s. 173 vd.; Öyle ki, Roma hukukunda dahi, borçlunun kasti davranışlarından dolayı sorumlu olunmayacağının kararlaştırılmasının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 34; Yeşiller, **a.g.e.**, s. 89.

¹⁶¹ "...Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden...".

¹⁶² "...Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung."

¹⁶³ İnc. Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 93 vd.

olarak ağır kusur halinin de sorumsuzluk anlaşmasına konu edilebilecek olması¹⁶⁴ ise, elbette mevcut İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinden ayrılmaktadır¹⁶⁵.

Ancak çok kısaca eklemek gerekir ise, İsviçre ve Türk borçlar kanunlarından farklı olarak, “kişinin kendi işindeki özenini göstermesi gerektiği işlerde, ağır kusurundan dolayı sorumluluktan kurtulamayacağı” ise, yukarıda ele aldığımız 276. paragraftan hemen sonra, Alman Medeni Kanunu’nun (*Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten*)¹⁶⁶ başlıklı 277. paragrafında, ayrıca düzenlenmiş durumdadır¹⁶⁷. Bu hükmün kaynağı olarak ise, Roma hukukunda gelen ve borçlunun bizzat kendi işinde göstermesi gereken özeni gösterme zorunluluğuna aykırılık¹⁶⁸ kavramını zikretmek mümkündür¹⁶⁹. Örnek olarak ise “*Verwahrer – saklayıcı*”, “*Vorerbe – ön mirasçı*”, “*Eltern – Ana Baba*”, “*Ehegatte – eş*”, “*Gesellschafter – şirket ortağı*” gibi kişiler gösterilmektedir¹⁷⁰.

Diğer taraftan, gerek Alman Medeni Kanunu, gerek İsviçre Borçlar Kanunu, gerekse de Türk Borçlar Kanunu’nun, yardımcıların fiillerinden dolayı sorumluluğun kural olarak tümünden kaldırılmasına izin verdiklerini, ortak bir nokta olarak gösterebiliriz. Bununla birlikte, borçlunun kendi fiillerinden sorumsuzluğuna dair düzenlemeler bir kenara bırakılmak üzere, İsviçre (ve Türk) Borçlar Kanunu’nda (TBK md. 116/3) OR art. 100/3’deki hizmet ilişkisi, resmi izin verilen işlere dair ayrık durumlar dışında, Alman ve İsviçre düzenlemelerinin de benzer olduğu ifade

¹⁶⁴ Gmür, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁶⁵ Gmür, **a.g.e.**, s. 173; Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 93 vd.; Akman, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁶⁶ “*Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.*”.

¹⁶⁷ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 236; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 390, Pn. 653.

¹⁶⁸ “*diligentia quam in suis rebus adhibere solet*”, Schwarz, **a.g.e.**, s. 36; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, s. 390, Pn. 653.

¹⁶⁹ Iden, **a.g.e.**, s. 460.

¹⁷⁰ Grüneberg, **Palandt**, § 277, Pn. 2; Iden, **a.g.e.**, s. 461; Grundmann, **Münchener**, § 277, Pn. 2.

edilmektedir¹⁷¹.

Durumu özetleyecek olursak; sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel hükümden ayrı bir düzenleme içeren yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddesinin lafzına bakıldığında ve doktrindeki ifadeler değerlendirildiğinde, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı ağır-hafif kusur ayırımına gidilmeksizin, sorumsuzluk anlaşmasına varılabilecektir¹⁷². Bununla birlikte, borçlunun kendi kişisel kusurundan kaynaklanan sorumluluğunun baki olduğunu, organizasyonu düzgün yapması gerektiğini, somut olayda genel işlem koşulları ile tek taraflı dayatılan sorumsuzluk kayıtları olmaması gerektiğini de, TBK md. 116/2'nin uygulama şartlarını daraltan durumlar olarak örnek verebiliriz. Kaldı ki, Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun bu şekilde tamamen ve sınırsız ortadan kaldırılabilmek imkanının mümkün olmadığını belirtmiştik.

3. TBK Madde 116/3 Açısından

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin son fıkra hükümde ise, özel uzmanlık gerektiren bir borcun ifasını gerektiren işin kanun veya yetkili makamlarca verilen izinler ile yapılabiliyor olması halinde ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmaların (hafif kusur, ağır kusur gibi) ayırım yapılmaksızın tümünden geçersiz olacağı düzenlenmiştir¹⁷³. Bu düzenleme yukarıda belirttiğimiz üzere, eski düzenlemeden ve OR art. 101/3'den (hafif kusuru da sorumsuzluk kapsamı dışına çıkarması bakımından) farklıdır¹⁷⁴.

¹⁷¹ Gmür, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁷² Ayr. Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 127.

¹⁷³ Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 128; Esasen burada, TBK md. 115 (borçlunun kendi sorumluluğu) ile 116'nın (yardımcılardan sorumsuzluğu) farklı hususları düzenlediği, dolayısıyla da sorumsuzluk hükmünde bu noktadaki farkın kaçırıldığının ifade edildiğini de belirtmek gerekir. bkz. M. Tufan Ögüz, "Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011, s. 108.

¹⁷⁴ Gerçi eski kanun zamanında da, Yargıtay'ın örneğin, bankanın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusunun ele alındığı bir olayda, hafif kusurdan dahi sorumlu olunması gerektiğini

Son fıkra, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin md. 115/3 ile birlikte değerlendirildiğinde ise, iki hükmün paralellik arz ettiği görülmektedir. Zira, bahsi geçen fıkra da (sınırları çizilen özel işler bakımından) hafif kusurdan dolayı sorumsuzluğu içeren anlaşmaların geçerli olmayacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce, bir işi/sanati meslek olarak edinen kişinin hafif kusurundan dahi sorumlu olacağına ilişkin Roma hukuku özdeyişine paralel olarak da¹⁷⁵, kişinin uzmanlığı gerektiren ve bu son fıkralar kapsamına giren işlerden dolayı hafif kusurlarından dahi sorumsuz olamayacaklarına ilişkin kanuni ifadeler yerindedir.

Yine son fıkra değerlendirildiğinde (818 sayılı eski düzenleme ve mevcut İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemeleri dikkate alındığında) TBK md. 116/3'deki bir diğer farklılık ise, alacaklının, borçlunun hizmetinde bulunması halinde yardımcı

hükme aldığını ifade etmek gerekir. bkz. Yarg. 11. HD, 14.10.1999 T., 1999/5785 E., 1999/7835 K.: "...Türkiye'de bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir. O halde, bankalar BK.nun 99/2. maddesine tabi kuruluşlardır. Kural olarak, BK 100/2 ve 3.maddeleri uyarınca akti sorumlulukta, sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün ise de BK nun 99/1.maddesi gereğince ağır kusur halinde baştan sorumluluktan kurtulma şartı geçersiz olup, sorumluluktan kurtulma şartının ancak hafif kusur halinde geçerli olduğu benimsenmiş ve aynı maddenin 2.fıkrası hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilmiş bir sanati icra eden kuruluşlar yönünden hafif kusur halinde dahi sorumluluktan kurtulma şartının mutlak olarak kabul edilemeyeceği kararlaştırılmıştır. Nitekim, yasa koyucu, birer güven kurumu olan Bankaların bazı sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak vasıflandırmıştır. TTK.nun 724. maddesi sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmiş olmasından doğan zararın, muhatap bankaya ait olacağını hükme bağlamış, sahteciliğin inandırıcı olup olmadığını, iğfal kabiliyeti bulunup bulunmadığını kanuni unsurlar arasında saymamıştır. Ayrıca, banka olağan sebep sorumluluğu olan adam çalıştıran sıfatı ile de sorumludur. Bu sorumluluğun doğması için, objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir. Banka,"benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı, sahte imza asıl imzaya çok benziyordu, onun için kendisi yanılmıştır" diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, tabiki bir grofoloji uzmanını istihdam etmeyecektir. Ancak çekildiği tarih itibariyle dahi yüksek meblağ içeren bir paranın talimatla istenilmesi halinde dışarıdan bir uzmanın yardımına pekala başvurabileceği gibi, mudiye de telefon, faks v.s ile durumu duyurmak suretiyle basiretli bir tacir gibi sahteciliği önleyici tedbirlere başvurabilirdi. Bu en basit tedbirlere başvurmaması bankanın objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir.

Özetle denilebilir ki, birer itimat kurumları olan bankalar, bu konuda objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dolayı da sorumludurlar (YHGK 15.6.1994 gün E:1994/11-178, K:1994/398) Bu kurallar dikkate alındığında somut olayda, davacının davalıya gönderdiği ihtara rağmen tek imza ile çekin ödenmesinde, davalı bankanın kusurunun asli kusur olduğu dikkate alınarak, davacının davalıya olayı bildirmediği sürenin, müterafik kusur olup olmadığı da gözletilmek suretiyle tarafların kusur oranlarının tesbiti için uzman bilir- kişilerden rapor alınarak sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Bu nedenle davalı V... Bankası Genel Müdürlüğü ve davacı vekilinin kusur yönünden yaptıkları temyiz itirazlarının kabulü gerekmiştir..." (KİB), Günay, **a.g.e.**, s. 446.

¹⁷⁵ "Omnis qui profitetur artem, culpam levissimam praestat", Liebs, **a.g.e.**, s. 164.

kişilerin fiillerinden sorumluluğun, ancak hafif kusur nedeniyle verilen zararlar bakımından sorumsuzluk konusu edilebileceğinin düzenlenmemiş olmasıdır. Kısacası, 6098 sayılı kanun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında, alacaklının borçlunun hizmetinde yer alıp almamasını ayrıca düzenlememiştir. Buna karşılık TBK md. 115/2’de ise “*Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” düzenlemesi ile, borçlunun alacaklıyla hizmet ilişkisinde bulunması, bu sözleşmeden kaynaklanan borçlardan dolayı sorumsuzluğun kabul edilemeyeceği bir kapsamda ele alınmıştır.

Diğer taraftan, (gerçi pratikte düşünüldüğünde ülkede tekel oluşturan hizmet sağlayıcılarının yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu kaldırmak üzere yapacakları anlaşmalar TBK md. 116/3 kapsamına girecek olmakla birlikte) kanaatimizce, doğrudan tekel konumunda bulunmayan, ancak fiilen tekel gibi değerlendirilecek veya tekel olarak değerlendirilmemesine rağmen TBK md. 116/3’de belirtilmiş özel şartlara doğrudan uymayan işlerde de, sorumsuzluk anlaşmaları geçerli sayılmamalıdır¹⁷⁶.

6098 sayılı kanunda farklı kaleme alınmış bir diğer sorumsuzluk anlaşması durumu daha dikkati çekmektedir. Şöyle ki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin maddenin son fıkrasında, uzmanlığı gerektiren bir hizmetin vs. “...ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle...” yürütülebildiği hallerde sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olmadığı hükmü, bir önceki kanunda “...mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa...” şeklinde ifade edilmişti. 818 sayılı kanunun ilgili maddesine ilişkin yapılan değerlendirmelerde, madde hükmündeki imtiyaz ifadesinin yalnızca bu anlamla sınırlı kalmaması, aynı zamanda izin ile yürütülebilme hallerinde de sorumsuzluk anlaşmalarının hükümsüz sayılması gerektiği ifade edilmekte idi¹⁷⁷. Örneğin bir avukatın devletin yapmış olduğu bir sınava ilişkin bir belge alması, onun

¹⁷⁶ Ayr. bkz.: Stockar, **a.g.e.**, s. 35 vd.; BGE 94 II 197.

¹⁷⁷ Bkz.: Şenocak, **Yardımcı**, s. 248; Koller, **101**, s. 117.

o işi yapmak konusunda uzman bir kişi olduğunu ortaya koyacak ve bu kişinin hizmetinden yararlanan kişiler üzerinde de, bu sınav sonucu ve devlet tarafından verilen yetki şüphesiz bir güven yaratacaktır¹⁷⁸.

Ancak 6098 sayılı kanunun 116. maddesi, bu bahsettiğimiz tereddütü ortadan kaldıracaktır. Zira hükümde bir imtiyazdan bahsedilmemiş, hizmet, meslek veya sanatın, kanun veya yetkili makamlarca verilen izne tabi olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla da, örneğin devletin verdiği ruhsat ile bir meslek icra eden kişilerin kullandıkları yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtların, hükümsüz olması gerekecektir¹⁷⁹. Bu itibarla, hastane ruhsatı temin eden kişi veya kişilerin sahip oldukları hastanede kullandıkları doktor, hemşire gibi sağlık personelinin fiillerinden veya yine doktorluk yapmak için devletin açtığı sınavları geçen ve doktorluğa ilişkin gerekli ruhsat ve belgeleri bulunduran bir doktorun da, işini yaptırdığı ya da yardımından yararlandığı kişilerden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapabilmeleri mümkün olmayacaktır. Ancak buna rağmen Yargıtay'ın, bu kişileri sorumsuzluk anlaşmasından faydalanabileceklermiş gibi değerlendirmeye aldığı bir kararının varlığı da dikkatimizi çekmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Koller, **101**, s. 117 vd.

¹⁷⁹ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 248; Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 128.

¹⁸⁰ Bkz. Yarg. 13. HD, 22.05.2003 T., 2003/2333 E., 2003/6348 K.: "...Davacılar, davalılardan E... Ö.'e ait özel doktor muayenehanesinde küçük kızlarına diğer davalı tarafından iğne yapıldığını yapılan enjeksiyon nedeniyle bacadaki fonksiyon kaybı olduğunu, uzun süre tedavi yaptırdıklarını, sakat kalacak diye korktuklarını ileri sürerek 253.725.000 TL. maddi 2.000.000.000 TL. manevi tazminatın faizi ile ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalı H... A. yönünden davanın kısmen kabulüne, diğer davalı yönünden reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir...

...Davalılardan doktor E... Ö.'e ait muayenehanede diğer davalının hemşire olarak çalıştığı uyumsuzluk konusu değildir. Borçlar kanunu 100 madde uyarınca bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılar karşı sorumludur. Aynı maddenin 2. fıkrasına uygun şekilde sorumluluğu bertaraf edici bir anlaşma olduğu da iddia ve ispat edilmemiştir. Mahkemece, davalı E... Ö. hakkında da davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." (KİB).

4. Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Özel Durumlar

a. Sorumsuzluk Anlaşmasının Diğer Kişilere Etkisi Açısından

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmaları kapsamında değerlendirilmiş farklı bir ihtimal ise, yardımcı kişi ile alacaklı arasında önem arzeden bir duruma ilişkindir. Buna göre yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunmayacağına ilişkin borçlu ile alacaklı arasında bir anlaşma yapıldığında, bu anlaşmanın yardımcı kişinin de kendi haksız fiil teşkil eden fiillerinden sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması anlamına gelip gelmeyeceği düşünülebilecek olsa da, tarafların açıkça düzenlemediği bir duruma ilişkin bu tarz bir yoruma gitmemek gerekir¹⁸¹.

Kanaatimizce böyle bir yoruma gitmek, üç açıdan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve sorumsuzluk düzenlemeleri bakımından mümkün olmamalıdır. İlk olarak, alacaklı ile yardımcı kişi arasında bir borç ilişkisi veya doğrudan bir anlaşma bulunmaması düşünüldüğünde, böyle bir yoruma gidebilmek için alacaklı ile yardımcı kişinin bu konuda ayrıca bir anlaşma yapmaları gerektiğini ifade etmeliyiz. İkinci olarak, zaten sorumsuzluk anlaşması ile bir taraftan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk güvencesinden yoksun tutabildiğimiz alacaklıyı, bir de doğrudan haksız fiili işleyen ve zarara sebebiyet veren kişinin fiillerinden de sorumsuz tutmak, alacaklıyı iyice güvencesiz kılmaya neden olur. Son olarak, kanunun mantığının kanunun ruhu olduğu¹⁸² ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin maddelerin sorumluluğu değil, sorumsuzluğu sınırlamaya ilişkin yapıda olduklarına ilişkin düşüncemiz vesilesiyle, bu tarz genişletici bir yorum yapmanın maddelerin lafzına ve ruhuna aykırı olduğu kanaatindeyiz.

¹⁸¹ Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 289 vd.; Borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasına, işçi gibi üçüncü kişilerin de dayanmasının bir gereklilik olduğu yönünde bkz. Rona Serozan, ““Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 3, 1968, s. 120 vd., dn. 34; Alıak, *a.g.e.*, s. 339.

¹⁸² “Ratio legis est anima legis”, Liebs, *a.g.e.*, s. 202.

Ancak başta söylediğimiz hususu tekrar etmek gerekirse, burada (yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kaydı konulan bir anlaşmada) hiçbir zaman yardımcı kişinin de alacaklıya karşı sorumsuz olamayacağı anlamı çıkmamaktadır. Dolayısıyla, açıkça kararlaştırılmış olması şartıyla ister borçluyla, isterse de doğrudan yardımcı kişi ile alacaklının yapacağı sorumsuzluk anlaşmalarıyla, sorumsuzluklar¹⁸³ kararlaştırılabilecektir¹⁸⁴. Ancak meseleye konu olan ilk halde, yardımcı kişinin fiillerinden ortaya çıkacak zararlardan dolayı (borçlu ile alacaklı arasında) borçlunun yanında yardımcı kişinin de sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar, doğmamış bir haktan feragat edilmesi durumunu ortaya çıkarmaktadır¹⁸⁵. Zira ortada TBK md. 129¹⁸⁶ anlamında bir edimin varlığından bahsedemeyeceğimiz için üçüncü kişi yararına sözleşme¹⁸⁷; anlaşma doğrudan yardımcı kişiyle yapılmadığı için TBK md. 115 anlamında sorumsuzluk anlaşması; ve yine hem hakkın doğmamış olması hem de bir anlaşmayı gerektirmesi gibi hususlardan dolayı TBK md. 132¹⁸⁸ anlamında ibradan¹⁸⁹ bahsedememekteyiz. Kaldı ki Yargıtay'ın¹⁹⁰

¹⁸³ “*pactum de non petendo*”, Berger, **a.g.e.**, s. 615, dava açılmayacağına dair önceden yapılan anlaşmaları ifade etmektedir; ayr. Zirlick, **a.g.e.**, s. 309 vd.

¹⁸⁴ Alniak, **a.g.e.**, s. 339.

¹⁸⁵ Kısaca inc. Haluk Nami Nomer, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2002, s. 199 vd.

¹⁸⁶ “*Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir...*”.

¹⁸⁷ Harke, **Allgemeiner Teil**, Pn. 426 vd.

¹⁸⁸ “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.*”.

¹⁸⁹ Ayr. Şakir Berki, “Borçların Sukutu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 1955, s. 237.: “*İbra, alaklının ivazlı veya ivazsız olarak alacağının tamamından veya bir kısmından borçlu lehine feragat etmesi, daha doğrusu ifa edilmiş gibi kabul eylesidir...*”.

¹⁹⁰ Bkz.: Yarg. 9. HD. 06.12.2016 T., 2016/20800 E., 2016/21631 K.: “*...Davacı eldeki davada, 11.08.2014 tarihli feragat dilekçesi verdikten sonra da çalışmaya devam ederek 28.08.2015 tarihine kadar davalıya ait işyerinde çalıştığını iddia etmektedir. Davacının feragat dilekçesi ile henüz doğmamış haklarından da feragat ettiğinin kabulü mümkün değildir...*” (KİB); Yarg. 12. HD. 27.09.2011 T., 2011/1545 E., 2011/16847 K.: “*...İcra zaptının incelenmesinden de anlaşılacağı üzere borçluya henüz ödeme emri tebliğ edilmeden, dolayısıyla ödeme emrine itiraz süreleri başlamadan ödeme emrine itiraz sürelerinden feragat edilmiş olup henüz doğmamış bir haktan feragat edilemeyeceğinden bu feragat geçersizdir. Bu nedenle henüz takibin kesinleşmediği safhada yapılan hacze muvafakatte geçerli değildir...*” (KİB); Yarg. 15. HD. 04.04.2007 T., 2006/1819 E., 2007/2112 K.: “*...Davacı arsa sahibi imzasını ve belge içeriğini inkar etmiş değildir. Ancak inşaat bu tarihten sonra da tamamlanıp teslim gerçekleştirmediğinden davacının*

henüz doğmamış/kazanılmamış bir haktan feragat edilmesi durumuna ilişkin süregelen görüşleri de açıktır¹⁹¹. Bununla birlikte, sorumsuzluk anlaşmalarının da esasen doğmamış bir hak üzerinde tasarruf işlemi olarak nazara alınabildiğini de eklemek gerekir¹⁹².

Burada kanaatimizi belirttiğimiz doğrultunun aksine, doktrinde, üçüncü kişiler lehine olmak üzere sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğinin kabul gördüğünü de belirtmek gerekir¹⁹³. Buna göre, esasen her ne kadar sözleşmenin nisbiliği gereğince sözleşmeden doğan hak ve borçlar taraflar arasındaki alan içerisinde hüküm ifade edecek olsa da, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde kural olarak tarafların başka bir kişinin fiillerinden dolayı sorumsuz olunabileceğini düzenleyebilecekleri de ifade edilmektedir; ki bu itibarla, borçlunun (yardımcılarının lehine olmak ve onları korumak maksadı ile) alacaklı ile yaptıkları anlaşmada, yardımcıları gibi üçüncü kişiler lehine de sorumsuzluk kayıtlarını koyabilecekleri sonucu doğmaktadır¹⁹⁴. Bu hususa dair dayanak noktaları olarak ise, “lehine sorumsuzluk anlaşmaları yapılan kişinin borçlu tarafından temsil edildiği”, “sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, üçüncü kişi yararına sözleşme yapıldığı”, “ortada

gecikme zararının bulunduğu ortadadır. Feragat tarihinden sonra oluşan gecikme zararı için henüz doğmamış bir haktan peşinen feragat edilemeyeceğine göre davacı zararı hesaplanıp talep gözetilerek hüküm altına alınmalıdır...” (KİB); Yarg. 11. HD. 14.10.1997 T., 1997/4264 E., 1997/7702 K.: “...Ayrıca, davacının iki üniteye sahip ortak olduğunun tespiti de talep olunmuştur. Bu durum karşısında, davacının öncelikle ortaklık kapsamının araştırılması, ardından 1994 yılı sonu itibarı ile davalı kooperatife olan borç tutarının saptanması gerekirken, doğmamış haktan peşinen vazgeçilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesi gözden kaçırılarak, davacının, şarta bağlı olarak yeniden üyeliğe kabulünün yapıldığı, 25.12.1994 tarihinde toplanan kooperatifin olağanüstü genel kurulunda hakkında yönetim kurulunca çıkarılacak borç miktarına itiraz etmeyeceği ve dava açmayacağına dair beyanına dayanılmak suretiyle sonradan çıkarılan borca karşı dava hakkından feragat ettiğinden bahisle yazılı biçimde hüküm kurulması da doğru görülmediğinden, kararın bu yönlerden dahi bozulması gerekmiştir...” (KİB).

¹⁹¹ Miras payının devrinin (mirasçılara ve mirasçı olmayanlara), konuyla ilgili kanuni bir örnek teşkil etmesi bakımından, inc.: Nomer, **Beklenen**, s. 126 vd.

¹⁹² Kahveci, **a.g.e.**, md. 115, Pn. 5 ve dn. 19; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 879; Serozan, **C. III**, s. 279, Pn. 2; Yine, sorumsuzluk anlaşmalarının borçlu yönünden kazandırıcı işlem niteliğinde olduğu yönünde ayr. bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 879; Tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapılamayacağına dair ayr. bkz. Öz, **a.g.e.**, md. 129, Pn. 8.

¹⁹³ Haluk Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans – Türk Matbaası, 1963, s. 168; Zirlick, **a.g.e.**, s. 309 vd.

¹⁹⁴ Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 156 vd.; ayr. bkz. Erten, **a.g.e.**, s. 195.

bir üçüncü kişi lehine tasarruf işleminin söz konusu olduğu”, “sui generis bir sözleşmenin bulunduğu ve bu sebeple üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanacağı” gibi, farklı hukuki değerlendirmeler bulunmaktadır¹⁹⁵.

Kanaatimizce, borçlunun yardımcı kişileri gibi üçüncü kişiler lehine sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağı ve bunun hukuki dayanağının ne olacağına ilişkin farklı bakış açıları bir kenara bırakılacak olur ise, tarafların açık bir ayrı kayıt koymaksızın yalnızca borç ilişkisinin taraflarını kapsayacak şekilde yaptıkları sorumsuzluk anlaşmalarının ve özellikle de yardımcıların fiillerinden sorumsuz olacaklarına ilişkin anlaşmaların, aynı zamanda yardımcı kişilerin de sorumsuz olduklarına dair bir anlama gelecek şekilde yorumlanmaması gerekir.

Diğer taraftan, bazı hallerde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları taraflar arasında hüküm ifade etse de, üçüncü kişiler bakımından hüküm arzetmemelidir. Örneğin, işçilere öğle yemeklerinin sağlanması için bir firmayla anlaşma yapıldığında, yemeklerin bozuk olması başta olmak üzere sözleşmenin tarafı olan işverene verilecek zararlarda, gerek yardımcıların sorumlulukları, gerekse de yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı firmanın sorumluluğu kaldırılmış olabilir. Ancak böyle bir durumda da, bu hizmeti alan kişiler olan işçilerin, gerek yemekleri doğrudan servis eden veya pişiren kişilerin verdikleri zararlardan dolayı haksız fiil hükümlerine gerek yemek firmasının yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden doğan sorumluluğuna ve hatta işverenin tüm bu kişilerin zarar verici fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gitmelerinde duraksama olmaması gerekir. Dolayısıyla bu gibi bir durumda (işveren ile yemek firması arasında) sorumsuzluk anlaşması yapılmış olması halinde, bu anlaşma yalnızca işverenin uğrayacağı zararlar bakımından geçerli olabilecektir.

Bahsettiğimiz bu örneğin ve kanaatin, dışarıdan yemek alımı suretiyle, örneğin askerlere gıda sağlanması konusunda anlaşma yapıldığı bir durumda, askerin bağlı olduğu kamu tüzel kişiliği ve yemek firması arasındaki ilişkide de uygulanması gerekir. Örneğin askerlerin veya herhangi bir kamu kurumunda çalışan

¹⁹⁵ Farklı temel noktalarına ilişkin olarak ayr. inc. Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 161-164.

(akademisyen, doktor, avukat, hakim, milletvekili, güvenlik görevlisi, katip, vs.) memurlar gibi kişilerin, uğradıkları zararları (kurum ile yemek firması arasındaki anlaşma ne olursa olsun) zararı verenlerden; yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk başlığı altında firmadan; ve ayrıca (istihdam ilişkisindeki özel hükümler de değerlendirilmek suretiyle) kendilerini istihdam eden kamu tüzel kişiliğinden talep edebilecekleri kabul edilmelidir.

Burada bahsettiğimiz hususun hemen ardından değinmemizde fayda olan benzer bir diğer konu ise, borç ilişkisinin tarafları arasında, gerek borçlunun gerekse de yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşmasına varıldığı durumlarda, borçlu veya onun yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı zarar gören kişinin bizzat alacaklı değil, alacaklının yanında ve edime yakın konumda bulunan kişiler olması durumudur¹⁹⁶. Böyle bir durumda zarar gören kişi, sözleşmede sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin kayıtları kabul etmiş olan sözleşme tarafı olsa idi, doğrudan sorumsuzluk anlaşmasının hükümlerini göz önünde bulunduracak ve (eğer fiiller sorumsuzluk anlaşmasının ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin kanuni sınırların içerisinde ise) borçlunun sorumsuzluğuna karar verebilecek idik. Peki bu gibi bir durumda üçüncü kişinin de sorumsuzluk anlaşmasından etkileneceğini söyleyebilir miyiz¹⁹⁷, sorusunu da sormak gerekir. Diğer bir ifade ile, haksız fiil hükümlerine veya duruma göre adam çalıştıranın sorumluluğuna gidebilecek olan üçüncü kişi, ayrıca üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme teorisi kapsamında olduğu gibi burada da sözleşmeye aykırılığa ilişkin daha avantajlı hükümlerden yararlanabilecek midir; yoksa borçlu, alacaklıyla aralarındaki sorumsuzluk anlaşması hükümlerini ileri sürmek suretiyle, üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme teorisinin koruma kalkanını devre dışı bırakabilecek midir?

Soruları örnekle açıklamak gerekir ise; kiraya verenin kiracı ile yaptığı ve yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumsuzluk kayıtlarının konulduğu bir anlaşmanın bulunduğu kira ilişkisinde, kiraya verenin tuttuğu temizlikçinin yerleri olmaması

¹⁹⁶ Bkz. Erten, **a.g.e.**, s. 177.

¹⁹⁷ Akman, **a.g.e.**, s. 103.

gerektiği bir biçimde cilalaması ve kiracının oğlunun düşüp yaralanması olayında, kiracının oğlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine gitmesi mümkün olacak mıdır¹⁹⁸, sorusunu örnek gösterebiliriz.

Doktrinde bir görüş, borç ilişkisinin tarafları arasındaki sorumsuzluk anlaşmalarının üçüncü kişilere karşı da ileri sürülmesi yönündedir¹⁹⁹. Buradaki, sorumsuzluk anlaşmalarının üçüncü kişilere de ileri sürülebileceği görüşünün anlamının, üçüncü kişilerin sözleşme ilişkisine dair hükümlerden faydalanamamaları olduğunu, ancak haksız fiil, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi hükümlerin ise elbette üçüncü kişiler için baki olduğunu eklemek gerekir²⁰⁰. Dolayısıyla bu görüşe göre, örneğin aralarında sorumsuzluk anlaşması olan taraflardan birisinin, arasında sözleşme ilişkisi bulunan bu kuruma girmesi durumunda, kurumda çalışan personellerden birisinin fiillerinden dolayı zarar gören bu kişi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacağı gibi, zarar gören bu kişinin yanında bulunan ve kuruma beraber girdikleri işçisi, aile üyeleri gibi üçüncü kişiler de, (zarar gördükleri taktirde) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinden faydalanamayacaklardır. Ayrıca, bu görüşün ortaya konulması noktasında, sözleşme ilişkisinin taraflarından birisi olmayan üçüncü bir kişinin, sözleşme ilişkisinin taraflarından daha iyi bir noktaya konulmasının mantıksız ve hakkaniyetsiz olacağı da ifade edilmektedir²⁰¹. Yine buradaki, sorumsuzluk anlaşmalarının TBK md. 115 ve md. 116 hükümlerinde yer alan sınırlamalar çerçevesinde geçerli ve uygulanabilir olabileceği de belirtilmektedir²⁰².

Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise, yukarıdaki görüşün tam aksine olarak, sorumsuzluk anlaşmaları sözleşmenin tarafları arasında uygulanmakla sınırlı kalmalı ve edime yakın konumda bulunan diğer üçüncü kişiler ise sorumsuzluk

¹⁹⁸ Örnekler için ayrıca bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁹⁹ Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 146, 147; Erten, **a.g.e.**, s. 190; Tandoğan, **Üçüncü**, s. 168.

²⁰⁰ Bkz.: Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 143 vd.

²⁰¹ Tandoğan, **Üçüncü**, s. 168.

²⁰² Tandoğan, **Üçüncü**, s. 168.

anlaşmasından etkilenmemelidir²⁰³. Bu görüş doğrultusunda ortaya konulan bir bakış açısına göre, sözleşme ilişkisinin tarafları arasında yapılmış bir sorumsuzluk anlaşmasının, üçüncü kişileri de etkiler şekilde düşünülmesi durumunda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin ortaya konuluş mantığına aykırı hareket edilmiş olacaktır²⁰⁴. Diğer taraftan, sözleşmenin taraflarının, borçlunun ve yardımcılarının verebileceği zararlardan dolayı yalnızca alacaklının değil, aynı zamanda alacaklı ile birlikte edime yakın olan diğer üçüncü kişilerin de sorumsuzluk anlaşması kapsamında sayılmasını kararlaştırdıkları bir durumda ise, bu bahsi geçen edime yakın üçüncü kişilerin haksız fiil hükümlerine gidebilecekleri, ancak sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talepte bulunamayacakları; aksi durumda ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin emredici hüküm gibi değerlendirilmesine yol açılmış olacağı da ifade edilmektedir²⁰⁵.

b. Alt Yardımcı Kişiler Açısından

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk konusu itibariyle bu başlık altında akla gelebilecek bir ihtimal de, alt yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluktur. Acaba, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşması yapıldığında, bu anlaşma açıkça belirtilmiş olmasa dahi, alt yardımcı kişileri de kapsamı içerisine alacak mıdır? Nitekim borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuz olacağına dair bir anlaşma yapılabildiği gibi, alt yardımcılarından da sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma da yapılabilecektir. Ancak, açıkça alt yardımcılar ifadesi de geçmeyen bir sorumsuzluk anlaşmasında ikili bir ayrıma gidilerek sözleşmenin nazara alınmasının, dengeyi sağlamak adına uygun olabileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki, eğer sözleşmede, yalnızca ve genel olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunmayacağı ifadesi yer alıyor, alacaklı hangi yardımcı kişi veya kişilerin ifada borçlunun yardımcısı olarak görev alacağını bilmiyor veya bilmesi de onun için ayrıca bir menfaat teşkil etmiyor ise, borçlunun sadece kendi yardımcılarından değil,

²⁰³ İnc. Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 147 vd.; bkz. Serozan, **Edim**, s. 120 vd., dn. 34; Akman, **a.g.e.**, s. 103.

²⁰⁴ Akman, **a.g.e.**, s. 104.

²⁰⁵ Akman, **a.g.e.**, s. 104.

alt yardımcı kişilerden de sorumsuz olması uygun olacaktır. Bu durumda elbette, yardımcı kişi veya kişiler doğrudan alacaklıya verdikleri zarardan sorumlu olacaklardır. Bu ihtimalde, teorik olarak düşünüldüğünde, yardımcı kişiler ile alacaklı arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığından, alt yardımcıları arasında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ilişkisi kurulamaması gerekir. Ancak, 3. bölümde değindiğimiz üzere²⁰⁶, böyle bir halde de hakkaniyet, dürüstlük kuralı ve sayılan sair hususlar gereğince, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kıyasen uygulanması uygun olacaktır.

İkinci ihtimalde ise, yine alacaklı ile borçlu arasında yapılan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasında, açıkça alt yardımcıların fiillerinden de sorumsuz olunacağı belirtilmemekle beraber, ifade kullanılacak olan borçlu yardımcılarının alacaklı tarafından bilindiği veya ifade kişiliklerinin önem arz ettiklerini, kısacası alacaklının, borçluyu, fiillerinden sorumsuz tuttuğu yardımcı kişileri bilerek bu sorumsuzluk anlaşmasını yaptığını düşünelim. Kanaatimizce bu halde ise borçlu, ancak alacaklının kastettiği yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuz olmalı, alt yardımcıların fiillerinden ise sorumlu olmaya devam etmelidir. Burada, yardımcı kişilerin alt yardımcıya başvurmaları borçlu tarafından yasaklanmasına rağmen alt yardımcıya gidilmiş olması da, durumu değiştirmemelidir.

Ancak elbette her iki ihtimalde de, yani sorumsuzluk anlaşması ister yalnızca ilk yardımcı kişileri, isterse de alt yardımcıları dahil tüm yardımcıları kapsasın, borçlunun bu yardımcı kişileri seçmek, talimatlandırmak ve işlerin akışını düzenlemek noktasında, kendisinden ve kendi organizasyon çevresinden kaynaklanan kusurlu hareketlerinden dolayı sorumluluğu devam edecektir²⁰⁷.

c. Organların Fiilleri Açısından

Diğer taraftan, sorumsuzluk anlaşmalarına dair maddeler göz önüne alınırken akla gelebilecek durumlardan bir tanesi ise, organların fiillerinden dolayı

²⁰⁶ İnc. B. III: III/B, “Yardımcı Kişi İle Alacaklı Arasındaki İlişki”.

²⁰⁷ Bkz.: Lörtscher, **a.g.e.**, s. 167; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 899.

sorumsuzluk hususudur²⁰⁸. Yukarıda, ikinci bölümde²⁰⁹ ele aldığımız üzere, organların fiilleri yardımcı kişilerin fiilleri olarak değil, bizzat tüzel kişinin kendi fiilleri olarak nazara alınmaktaydı²¹⁰. Burada, organların fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılacağı bir durumda, sorumsuzluk anlaşmasının TBK md. 115 hükmü kapsamında ele alınması ve organdan dolayı sorumluluğun yalnızca hafif kusur ile sınırlı olmak kaydıyla sınırlanması mı, yoksa tıpkı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta yapıldığı gibi tümünden bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi mi söz konusu olacaktır, sorusunu da yanıtlamak gerekir.

Kanaatimizce böyle bir durumda, organların fiillerinden sorumsuzluk anlaşması yapılması halinde, organların fiillerinin bizzat tüzel kişiye isnat ediliyor olmasından dolayı, bu anlaşmaların TBK md. 115'deki genel hükümlere göre ele alınması gerekirken²¹¹; bunun dışında somut olayda bir şekilde aynı zamanda organ sıfatına da sahip olan kişi(lerin)nin, tüzel kişi tarafından yardımcı kişi olarak kullanılması gibi bir ihtimal ortaya çıktığında ise sorumsuzluk anlaşmalarının TBK md. 116'daki hükümlere göre irdelenmesi mümkün olmalıdır²¹².

d. Birlikte Borçlular Açısından

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından değerlendirilebilecek bir başka ihtimal ise, birlikte borçlulara yöneliktir. Şöyle ki, yukarıda incelediğimiz gibi, bir borç ilişkisinden doğan borcun, birlikte borçlusu olan kişiler mevcut olabilir. Bu kişiler, örneğin, ifa ettikleri borç kapsamında hem sözleşmesel sorumluluk bağıyla bağlı olacaklar, hem de diğer borçlunun fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile alacaklıya karşı sorumlu olabileceklerdir²¹³. Örneğin bir tıbbi operasyonun yapılmasını birlikte üstlenmiş olan cerrahların, bu operasyonun

²⁰⁸ İnc. Lörtscher, **a.g.e.**, s. 168 vd.

²⁰⁹ B. II: I/C/3/a.

²¹⁰ Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 67; Tuhr/Siegwart, **a.g.e.**, s. 568; Schwenger, **a.g.e.**, Pn. 23.27; Huguenin, **a.g.e.**, Pn. 998; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 251, Pn. 1159.

²¹¹ Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 51.

²¹² Lörtscher, **a.g.e.**, s. 168; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 51.

²¹³ Koller, **101**, s. 133.

başarısızlığından ve operasyondaki fiiller kaynaklı zararlardan dolayı, hastaya karşı müteselsil borçlu sıfatına sahip olmaları yanında, her bir cerrahın aynı zamanda bir diğerinin fiillerinden dolayı da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından sorumlu olacağını söylemek mümkündür²¹⁴. Aynı şekilde, bir adi ortaklığın söz konusu olduğu durumda, bu adi ortaklığın yaptığı bir iş içerisinde verdiği zararlardan dolayı da ortakların, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince sorumlu olacakları ifade edilmektedir²¹⁵.

Bu ve buna benzer örneklerde, hem bizzat sorumlunun, hem de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak kişilerden birisinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuz olmak yönünde bir anlaşma yapmış olması söz konusu olabilir. Bu gibi bir durumda, sorumsuzluk anlaşması yapan taraf, yalnızca borç ilişkisinin tarafı olarak, kendi hukuka veya borca aykırı fiillerinden sorumlu olacak; ancak diğer borçlunun zarara sebebiyet veren fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri gereğince sorumlu olmayacaktır. Zira, sözleşme serbestisi de buna izin verecektir. Bu itibar ile, aynı borcu üstlenen kişilerin birbirlerinin fiillerinden dolayı sorumlu olmamak kaydıyla, aynı borcu yüklenmeleri de söz konusu olabilecektir; ki bu durumda borçlular, ancak kendi borca veya hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla sorumlu olacaklardır. Dolayısıyla, birbirinin fiillerinden yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olmayacakları yönünde anlaşma yapmış bulunan kişilerin, teorik olarak müteselsil borçluluklarını²¹⁶ da etkisiz kıldıkları sonucu ortaya çıkabilir. Ancak, Yargıtay'ın, kanundan doğan bir müteselsil sorumluluğun taraf iradeleri ile değiştirilmesinin kamu düzeni gibi gerekçelerle de mümkün olamayacağını, kısacası kanunun meydana getirdiği müteselsil sorumluluğun taraf iradeleriyle bertaraf edilemeyeceğini karara bağladığını da belirtmek gerekir²¹⁷. Ancak, TBK md. 164/1'deki "*Müteselsil*

²¹⁴ Koller, **101**, s. 133.

²¹⁵ Koller, **101**, s. 55; ayr. inc. Weber, **Berner**, Art. 101, Pn. 178.

²¹⁶ Bkz. TBK md. 162/1: "*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.*".

²¹⁷ Bkz. YHGK. 17.10.2007 T.; 2007/21-664 E., 2007/745 K.: "...*Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre teselsülün yasa hükmünden doğduğu hallerde kamu düzeni*

borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir." ifadesi dolayısıyla, bu gibi örneklerde, tarafların aralarındaki sorumsuzluk anlaşmasını alacaklıya karşı ileri sürebileceklerini kabul etmek gerekir. Zira, hem sözleşme özgürlüğü ilkesi, hem sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin (TBK md. 115-116) hükümler, hem de bahsettiğimiz 164. madde hükmü, buna cevaz verir niteliktedir.

Benzer şekilde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmaları bizzat bir borcu birlikte üstlenen müteselsil borçluların fiillerinden sorumsuz olmak adına yapılmış olabileceği gibi, müteselsil borçluların kullandıkları yardımcıları bakımından da yapılmış olabilir. Bu durumda, sorumsuzluk anlaşması yapmış olan kişi, kendisi ile birlikte borcu üstlenmiş olan müteselsil borçlunun yardımcılarının fiillerinden dolayı sorumsuz olacaktır. Ancak, seçim, talimat verme, gözetim, organizasyon çevresinin ve varsa araç ve malzemelerin uygunluğu gibi konular bakımından ise, daha önce ifade ettiğimiz gibi, sorumluluğun burada da devam ettiğini de hatırlatmakta fayda vardır²¹⁸.

Sorumsuzluk anlaşmaları ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilmeyle birlikte, bazı hallerde tazminattan indirim, sorumsuzluk anlaşması kapsamındaki bir olayda da karşımıza çıkabilir. Örneğin, borçlunun alacaklı ile, borcun ifasında kullandığı ve ismen de kararlaştırılan yardımcılarının bir kısmının fiillerinden dolayı, sorumsuzluk anlaşması yaptığı bir olayda, fiillerinden sorumsuz olunacağı kararlaştırılan ve kararlaştırılmayan yardımcılarının birbirine eklenen kusurları neticesinde alacaklıya zarar verildiğini varsayalım. Kanaatimizce bu durumda, fiillerinden sorumsuz olunacağı kararlaştırılan yardımcının kusurlu davranışlarının oranı düşülmek suretiyle kalan tazminat miktarı, borçlunun farazi kusuru olarak borçluya isnat

söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. Bu nedenle söz konusu müteselsil borç yasa hükmünden (Borçlar Kanunu md. 179'dan) doğduğundan, teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada belirtilen sorumluluğun zamanı "devir anıdır."..." (KİB).

²¹⁸ Büren, **a.g.e.**, s. 397; Lörtscher, **a.g.e.**, s. 167; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 899; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 53.

edilmelidir. Bununla beraber, aynı zarar verici fiili birlikte gerçekleştiren yardımcıların müteselsil olarak sorumlu olduklarını ve bu sorumluluk hususunun baki olduğunu eklemek gerekir²¹⁹.

E. Borçlunun Sorumluluğuna İlişkin TBK Madde 115 Açısından

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmaları kapsamında kısaca değinebileceğimiz bir diğer konu ise genel sorumsuzluk düzenlemesidir²²⁰.

İfade ettiğimiz üzere Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesi genel bir sorumluluk düzenlemesi olarak karşımıza çıkmaktadır²²¹. Dolayısıyla esasen borçlunun sorumsuzluk hükümlerinden ne ölçüde ve hangi şartlar altında yararlanabileceğinin tespiti için, bu düzenlemenin incelenmesi gerekecektir. Ancak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun yapısı itibarıyla kanun koyucunun buna ilişkin farklı hükümler düzenlediğini görmekteyiz.

Örneğin, kural olarak bir borçlu kendi şahsi fiillerinden dolayı sorumsuz olmak istediğinde bu sorumsuzluk, TBK md. 115 gereğince, ağır kusuru ve kastı kapsamayacak²²² ve yalnızca hafif kusuru kapsayacak şekilde koruma sağlayacak iken²²³; yine borçlu yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı sorumlu olmamak istediğinde ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu tamamen veya kısmen

²¹⁹ Bkz. TBK md. 61: “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”.

²²⁰ Genel olarak, sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin temelinde yatan üç ana nedenin, borçlunun edimi kast veya ihmal sureti ile tehlikeye sokmamasının istenmesi, doğabilecek bir tazminat alacağından peşinen vazgeçmiş duruma gelecek olan alacaklının korunması ve son olarak da taraflar arasındaki güç dengesizliklerinin bertaraf edilmesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Nilgün Başalp, “Sorumsuzluk Anlaşması, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 24-25 Mart 2012, s. 392 vd.

²²¹ Bkz. Büren, **a.g.e.**, 406 vd.; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 31, Pn. 86; Alniak, **a.g.e.**, s. 331; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 184; Zirlick, **a.g.e.**, s. 170 vd.

²²² Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 156; Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 184; Zirlick, **a.g.e.**, s. 171; Wiegand, **Bassler**, Art. 100, Pn. 4; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 455.

²²³ Büren, **a.g.e.**, 406 vd.; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 31, Pn. 87; Lörtscher, **a.g.e.**, s. 159; Alniak, **a.g.e.**, s. 331; Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 125; Weber, **Berner**, Art. 100, Pn. 156; Zirlick, **a.g.e.**, s. 171; Wiegand, **Bassler**, Art. 100, Pn. 4.

ortadan kaldırma imkanına sahip olacaktır²²⁴. (OR art. 100) TBK md. 115'teki bu genel sorumsuzluk düzenlemesinin, kast ve ağır kusuru hariç bırakmak üzere, diğer tüm kusur oranlarında sorumsuzluk anlaşması yapılmasına izin verdiği ifade edilirken, bizim de sıklıkla ifade ettiğimiz hafif kusur yanında, (*mittlere*) orta kusurun da zikredildiğini belirtmek gerekir²²⁵. Ayrıca, zarar meydana geldikten sonra yapılacak (ibra, sulh) anlaşmalar, TBK md. 115 şartlarına tabi olmadıklarından, kast dahil tüm kusur seviyeleri için yapılabileceklerdir²²⁶.

Eklemek gerekir ki, eski kanundan farklı olarak 6098 sayılı kanun düzenlemesinde, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak (OR art. 100/2) takdiri hükümsüzlük²²⁷ imkanı da kaldırılmış durumdadır²²⁸. Öyle ki, mevcut İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, 818 sayılı kanunun sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel 99. maddesinde²²⁹, hakimin sorumsuzluk anlaşmasına dair şartı geçersiz sayabileceği belirtilmekteydi²³⁰.

Doktrinde önceden, alacaklının borçlunun hizmetinde olması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının yalnızca hafif kusurları kapsayacağına ilişkin hüküm

²²⁴ Rumpf, **a.g.e.**, § 14, Pn. 127; YHGK, 14.06.1995 T., 1995/11-425 E., 1995/616 K.: "...Türkiye'de bankalar hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir BK.99/2 maddesine tabi kuruluşlardır. Kural olarak BK. 100/2 ve 3 maddeleri uyarınca akdi sorumlulukta, sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün ise de BK.nun 99/1 maddesi gereğince ağır kusur halinde baştan sorumluluktan kurtulma şartı geçersiz olup, sorumluluktan kurtulma şartının ancak hafif kusur halinde geçerli olduğu benimsenmiş ve aynı maddenin 2 fıkrası, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilmiş bir sanati icra eden kuruluşlar yönünden hafif kusur halinde dahi sorumluluktan kurtulma şartının mutlak olarak kabul edilemeyeceği benimsenmiştir. Bu yasal düzenleme çerçevesinde birer güven kuruluşu bulunan ve tedbirli bir tacir gibi davranmak zorunda bulunan davalı bankanın banka hesap cüzdanındaki uyumsuzluk halinde banka kayıtlarının esas alınacağı kaydına dayanarak kayıtlarında tek taraflı düzeltme yaparak bunların davacıyı bağlayacağını ileri sürmesi önce yukarıda anılan kurallara daha sonra hakkaniyet ve güven prensiplerine aykırı olduğu için kabul edilme olanağı bulunmamaktadır..." (KİB), Günay, **a.g.e.**, s. 447.

²²⁵ Zirlick, **a.g.e.**, s. 171.

²²⁶ Kahveci, **a.g.e.**, md. 115, Pn. 3.

²²⁷ Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 32, Pn. 89; Alniak, **a.g.e.**, s. 334; Lörtscher, **a.g.e.**, s. 160, 163.

²²⁸ Başalp, **Yardımcı**, s. 393; Ögüz, **Geçersizlik**, s. 107; Günay, **a.g.e.**, s. 444.

²²⁹ "...hâkim, bu şartı batıl addedebilir."

²³⁰ Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 32, Pn. 89; Lörtscher, **a.g.e.**, s. 160 vd.

karşısında²³¹, bu hizmet ilişkisinin anlaşmadan sonrasında kurulmuş olmasının etkisinin ne olacağı da tartışılmıştır²³². Bu konuda bir görüşe göre, borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olarak nazara alınabilmesi için, bu sorumsuzluk anlaşmasının yapılması anında mevcut bir hizmet ilişkisinin varlığı aranacaktır²³³. Diğer bir ifade ile, öncelikle taraflar arasında bir hizmet ilişkisinin varlığı gerekecektir ki, daha sonra yapılacak bir anlaşmadaki sorumsuzluk kayıtları geçersiz olsun. Bu çözüm yöntemi, hem sorumsuzluk anlaşmasından yararlanacak olan borçlu, hem de sosyal ve ekonomik açıdan zayıf görülen hizmetli/alacaklı için (kanunun mantığı da düşünüldüğünde) daha uygun bir düşüncedir denilmektedir²³⁴. Dolayısıyla da, taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşması yapıp, daha sonra hizmet ilişkisi kurulduğu bir ihtimalde, bu sonradan kurulan hizmet ilişkisi, taraflar arasında kararlaştırılmış olan önceki sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir.

Bunun karşısında bir diğer görüş ise, alacaklının sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada hizmet ilişkisi içerisinde olmasını şart koşmamaktadır²³⁵. Aynı şekilde, kişinin hizmet sözleşmesini kurabilmek arzusu ile önceden bu anlaşmayı kabul etmek durumunda bırakılma ihtimali de, yukarıdaki aksi görüşün ve kanunun lafzının eleştirisi olarak belirtilmektedir²³⁶. Sonuç olarak zayıf tarafın korunması gayesiyle bu düşünce tarzının benimsenmesi daha uygun görünmektedir. Bu görüşün uygunluğu, taraflardan birisinin hizmet sözleşmesi yapabilmek için sorumsuzluk anlaşması kabul etmeye zorlanabileceği çekincesi bir kenara bırakılacak olursa, tarafların zarara sebebiyet vermeme kapsamlı özenlerinde değişme olmaması adına da, bu ikinci ihtimal nispeten daha makuldur. Öyle ki, nasıl olsa sorumsuzluk anlaşmasının hizmet sözleşmesinden önce yapıldığı ve geçerli olduğu düşüncesiyle

²³¹ Hükmün lehine olarak bkz. Alniak, **a.g.e.**, s. 332.

²³² Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 245 vd.

²³³ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 161; Koller, **101**, s. 115 vd.

²³⁴ Koller, **101**, s. 115 vd.

²³⁵ Şenocak, **Yardımcı**, s. 245 vd.; M. İlhan Alniak, “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 343.

²³⁶ Alniak, **a.g.e.**, s. 343.

hizmet sözleşmesi ilişkisine giren borçlunun, borcun ifasına ilişkin özensizlik gösterebilme ihtimali de bir diğer durumdur.

Ancak belirtmek gerekir ki, ikinci ifade edilen görüşün de pratikte kötüye kullanılabilme ihtimali söz konusu olabilir. Borçlunun herhangi bir borcu için sorumsuzluk anlaşmasına vardığı alacaklı tarafla, daha sonradan hizmet ilişkisi içerisine girmesinin, daha önce o hizmet sözleşmesiyle alakası olmayan bir borçtan dolayı yapılan anlaşmayı etkilemesi ve özgür iradeleri ile yaptıkları sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz kılınması da, her olayda uygun çözüm tarzını ortaya koymayacaktır.

Nitekim 6098 sayılı kanunda bu hususta yapılmış olan değişiklik, bizim de arasında kaldığımız bu ikilemi daha somut bir düzleme oturtur niteliktedir²³⁷. Şöyle ki, kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel hükümde, yukarıda bahsettiğimiz hizmet sözleşmesi unsurunun etkisini değerlendirirken, önemli bir farklılığı da kaleme almıştır. 818 sayılı kanun md. 99'daki “...*borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise...*” ifadesinin 6098 sayılı kanun md. 115'te “...*Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı...*” şeklinde düzenlendiği görülmektedir. İncelendiğinde her iki hüküm, çok farklı anlamlara gelebilecek olsa da, maddede yapılan değişikliğe ilişkin olarak madde gerekçesinde herhangi bir temelin bulunmaması, değişikliğin hangi saikle yapıldığı sorusunu akla getirebilmektedir. Zira ilk hükme göre, tarafların hizmet ilişkisi içerisinde olmaları durumunda herhangi bir borç ilişkisinden doğan sorumsuzluk kayıtları geçersiz olacakken; lafzından anladığımız kadarıyla İsviçre Borçlar Kanunu'ndan da ayrılan yeni hükme göre ise, yalnızca bahsi geçen hizmet sözleşmesinden doğan borçlarla ilintili sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz olacaktır²³⁸.

²³⁷ Buna karşılık, bahsettiğimiz hususların eleştirisi yönünde bkz. Başalp, **Yardımcı**, s. 394 vd.

²³⁸ Ayrıca, hükmün olumsuz yönde eleştirisi için, bkz. Gökhan Antalya, “Prof. Dr. Gökhan Antalya Değerlendirme Konuşması”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar**

Teorik olarak incelendiğinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bağlamında incelediğimiz bu tartışmalı durumun, yerini başka bir hükme bıraktığı görülmektedir; ki bu durumda aralarında hizmet sözleşmesi bulunan kişiler arasında hizmet sözleşmesi ile alakalı olmayan bir duruma ilişkin olarak yapılmış sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz olmayacak, sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz addedilebilmesi için, sorumluluk kapsamının borçlunun alacaklı ile olan hizmet sözleşmesinden doğan bir borcun ifasına ilişkin olması gerekecektir.

Nihayetinde eklenecek olursa, 6098 sayılı kanunun hizmet ilişkisini özel olarak düzenlemediğini ve hizmet ilişkisine ilişkin hükmün genel hükümler kapsamında değerlendirilmiş olduğunu belirtmek gerekir. Yine, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün son fıkrasının madde gerekçesi okunduğunda, bu değişikliğin bilinçli olarak kaleme alındığı ve üçüncü fıkra kapsamına giren durumlarda hafif kusurdan dahi sorumluluğun sınırlandırılmasının istenmediği, bu sebeple de toptan bir sınırlandırma engeli getirildiği anlaşılmaktadır²³⁹.

Diğer taraftan, doktrinde ve yargı kararlarında, belki de pratikte rastlanmaması vesilesiyle pek de ele alınıyor olsa da, kullanma yardımcılarının, yani bir hakkı kullanan kişilerin verebilecekleri zararlardan dolayı da, sorumsuzluk anlaşması yapılabilme ihtimalini kısaca ele almak gerekir. Esasen TBK md. 115 hükmü kapsamında olaya baktığımızda, doğrudan borcun ifasının temel alındığı, hükmün lafzından da anlaşılmaktadır; ki sorumsuzluğa ilişkin fıkraların borçlu/borç ifadeleriyle kaleme alınması da bunu desteklemektedir. Esas inceleme konumuz olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin maddede ise, “...*Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir...*” ifadesinde de görüldüğü üzere, sorumluluğu kaldırılacak kişiye

Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3 - 4 Haziran 2011, s. 351; Buz, **a.g.e.**, s. 101; ayr. değişikliğin yerinde olduğuna ilişkin bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 329.

²³⁹ Bkz. “...Böylece, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği takdirde, borçlunun, ifa yardımcılarının hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulması yolunun kapatılması amaçlanmıştır. Gerçekten, bu durumda borçlunun değil, alacaklının korunması, menfaatler dengesine de uygun düşer. Bu nedenle, söz konusu hükme aykırı olarak yapılan bir anlaşma, Tasarının 27 nci maddesinin birinci fıkrası anlamında, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır...”.

ilişkin ifade nötr olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin yukarıdaki bölümlerde yaptığımız incelemelere paralel olarak, işyeri kiralayan işçinin kiraya verenle yaptığı sözleşmede, kiracının kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin bir sözleşme de, sorumsuzluk anlaşmalarına konu olabilecektir. Bunun gibi elektrik/su/doğalgaz dağıtım firmalarının sayaç okumak için gönderdiği personelinin görevini yaparken de verdiği zararlardan sorumlu olunmaması üzerine sözleşme yapılabilecek olsa da, bu durumda da genel işlem koşulları kontrolünü unutmamak gerekir. Yine Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 59. maddesi hükmüne göre devre mülk hakkı sahibinin hakkın kullanılmasını başkalarına devrettiği hallerde de, bu kişilerin fiillerinden sorumlu olunmalı ve yine bu kişiler ile ilgili sorumsuzluk anlaşması yapabilmelidir²⁴⁰.

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel hüküm bahsi altında hatırlatmak gerekir ki, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 2020 tasarısında sorumsuzluk anlaşmaları anlamında köklü değişikliklerin yapılması planlanmaktadır. Buna göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddesindeki sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği ve geçersizliğine ilişkin yürürlükteki fıkralar, genel hüküm olan tasarı art. 122'nin uygulamasına bırakılmakta²⁴¹; sorumsuzluk anlaşmalarının geçerlilikleri bakımından kusur kavramının belirleyici unsur olmasından²⁴² vazgeçilerek, sorumsuzluk anlaşmasının, tarafların hak ve borçlarına olan etkisi kriteri getirilmekte²⁴³; (ve konumuz ile de doğrudan ilgili olarak) bir kişinin kendi

²⁴⁰ KMK md. 59.: “Devre mülk hakkının yılın belirli dönemlerine ayrılması ve 15 günden daha az süreli olmaması gerekir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa devre mülk hakkı sahibi bu hakkın kullanımını başkalarına bırakabilir.”.

²⁴¹ Bkz. Tasarı md. 119 gerekçesi: “...Anders als bei Art. 101 OR wird die Freizeichnung für das Verhalten der Hilfspersonen nicht in Art. 119 OR 2020 geregelt, sondern von der allgemeinen Freizeichnungsvorschrift von Art. 122 OR 2020 erfasst (s. N 2 zu Art. 122 OR 2020)...”, çvr. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/ff8ca829-96df-4e58-a4c5-273f5db65dac?hitPos=2>, szt. 15.11.2017.

²⁴² Ağır kusurdan mı, hafif kusurdan mı sorumsuz olunacağı doğrultusundaki mevcut hükümler kapsamındaki değerlendirmelerden farklı olarak.

²⁴³ Bkz. Tasarı md. 122 gerekçesi: “...Vertragliche Freizeichnungsklauseln sind nur rechtsbeständig, wenn sie die von den Parteien vereinbarte Verteilung von Rechten und Pflichten nicht wesentlich verändern. Es wird mit anderen Worten, anders als bei Art. 100 und Art. 101 Abs. 2 und Abs. 3

fiillerinden sorumsuz olmasında uygulanan kriterler ile yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumsuz olmasında uygulanan kriterler arasındaki, yukarıda ele aldığımız farklılıklardan vazgeçilerek, birlik oluşturulması planlanmaktadır²⁴⁴. Dolayısıyla İsviçre Borçlar Kanunu tasarısının, çalışmamızda incelediğimiz (yürürlükteki) mevcut Alman, İsviçre, Türk düzenlemelerinden çok daha farklı kriterleri benimseyen hükümleri ele aldığını söyleyebiliriz.

Karşılaştırma yapmak adına değinmek gerekir ise, kaynak kanunumuzdaki oldukça önemli değişiklikler ve farklı yaklaşım tarzı barındıran bu İsviçre Borçlar Kanunu'na ilişkin sorumsuzluk hükmüne dair tasarılarından birisine göre sorumsuzluk anlaşmaları “m. 57 VE HPG

I. Sorumsuzluk Anlaşması

Ölüm nedeniyle doğan sorumluluğu, fiziksel ve ruhsal bütünlüğe ya da çevreye yapılan saldırılardan doğan sorumluluğu sınırlandıran ya da kaldıran anlaşmalar kesin hükümsüzdür.

Yukarıda sayılanların dışında kalan zararlar bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları,

- a. Zarar verenin ağır kusuru varsa;*
- b. Zarar gören borçlunun hizmetinde ise;*
- c. idari izin veya imtiyaza dayanarak yürütülen bir faaliyetten sorumluluk doğmuşsa;*
- d. Sorumsuzluk klozu genel işlem koşulları içinde yer alıyorsa kesin hükümsüzdür”²⁴⁵*

OR, nicht an das Verschulden angeknüpft...”, çvr. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/200f828f-9b77-4b3c-8734-ad8173098694?hitPos=1#firstSearchTerm>, szt. 15.11.2017.

²⁴⁴ Bkz. Tasarı md. 122 gerekçesi: “...Im Unterschied zu Art. 100 und Art. 101 Abs. 2 und Abs. 3 OR differenziert Art. 122 OR 2020 nicht zwischen der Freizeichnung für eigenes Handeln und dasjenige einer Hilfsperson. Es entspricht in der Tat den Gegebenheiten der arbeitsteiligen, modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft besser, die beiden Tatbestände nach den gleichen Kriterien zu beurteilen. Aus diesem Grund ist es sachgerecht, dass auch die Freizeichnung für Hilfspersonen sich nach Art. 122 OR 2020 richtet...”, çvr. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/200f828f-9b77-4b3c-8734-ad8173098694?hitPos=1#firstSearchTerm>, szt. 15.11.2017.

²⁴⁵ Bahsi geçen ön tasarıya dair çeviri ve orijinal metni için bkz. Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 87 vd. ve dn. 337: “Art. 57 VE HPG: “Vereinbarungen, welche die Haftung bei Tötung oder bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person oder bei Einwirkung auf die Umwelt wegbedingen oder beschränken, sind nichtig. Bei anderen Schädigungen sind solche Vereinbarung nichtig, wenn: a) dem Schädiger ein grobes Verschulden zur Last fällt b) die geschädigte Person im Dienst der haftpflichtigen Person steht c) die Haftungen sich aus einer behördlich bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit ergibt; d) die Klausel in vorformulierten

şeklindeki çeviri metninde olduğu gibi düzenlenmiş iken, yine daha sonraki tasarı çalışmasında ise ““1 İfa etmeme nedeniyle kanunun bu kısmında öngörülen haklar, kast ve ağır ihmâl için önceden kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz.

2 Hakim ifa etmeme nedeniyle doğan hakları konu alan ve hafif ihmâl için borçlunun sorumluluğunu kaldıran sorumsuzluk anlaşmalarını, somut sözleşmeyi veya sözleşme tarafları arasındaki hukuki ilişkiyi dikkate aldığıında makul bir sonuç doğacaksa batıl sayabilir””²⁴⁶ şeklindeki çeviri halini almıştır.

Ancak her iki tasarı çalışması da güncel durumda değildir ve güncel tasarı yukarıda sıkça ifade ettiğimiz art. 122’deki gibidir²⁴⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki, sorumsuzluk şartlarını düzenleyen hükümler gerek Türk hukuku gerekse de İsviçre hukuku anlamında yalnızca genel sorumsuzluk anlaşması hükmü olan TBK md. 115 (OR art. 100) ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk şartlarını da düzenleyen hüküm olan TBK md. 116’dan (OR art. 101) ibaret değildir²⁴⁸. Satıcı, kiraya veren, taşıyıcı gibi kişilerin sorumsuzluk hükümleri kapsamında ele alınması noktasında farklı ve özel hükümlerin bulunabileceğini unutmamak gerekir²⁴⁹. Ayrıca, yeri geldiğinde değindiğimiz üzere, yalnızca Türk Borçlar Kanunu’nun özel düzenlemelerinde değil, aynı zamanda (Örn. Türk Sivil Havacılık Kanunu gibi) özel mevzuat hükümlerinde de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun sınırlandırılmasının sınırlarının, ayrıca ve farklı kriterler ile ele alınmış olabileceğini hatırlatabiliriz.

allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.”; ayr. Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 45, Pn. 121.

²⁴⁶ Bahsi geçen tasarıya dair çeviri ve orijinal metni için bkz. Başalp, **Sorumsuzluk**, s. 92 ve dn. 350: “1 Die in diesem Abschnitt als Folge der Nichterfüllung vorgesehenen Rechte können für vorsätzliches und grobfahrlässiges Handeln nicht im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden. 2 Der Richter kann einen Ausschluss oder eine Beschränkung der dem Gläubiger als Folge der Nichterfüllung zustehenden Rechte auch bei leichter Fahrlässigkeit für nichtig erklären, wenn dadurch in Anbetracht des konkreten Vertrags oder der Beziehung zwischen den Parteien ein angemessenes Ergebnis herbeigeführt wird.”.

²⁴⁷ Söz konusu maddeye göre, “alacaklının haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar, tarafların önceden üzerinde anlaşmaya vardıkları hak ve borçlarını önemli ölçüde değişikliğe uğratmaları halinde geçersiz olacaktır”.

²⁴⁸ Bkz. Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 34, Pn. 92.

²⁴⁹ Lörtscher, **a.g.e.**, s. 129; Zirlick, **a.g.e.**, s. 212 vd.; Hochstrasser, **Freizeichnung**, s. 34 vd., Pn. 93 vd.; Örn. TBK md. 221: “Satıcı satılan ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”.

F. Sınırlara Uyulmamasının Sonuçları

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından değinmemiz gereken bir diğer konu ise, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin sınırlamalara uyulmaması halinde durumun ne olacağıdır²⁵⁰.

Öncelikle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk kaydının genel işlem koşulları kapsamında değerlendirildiği durumu kısaca incelemeliyiz. Belirtmek gerekir ki, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerde genel işlem koşullarının karşı tarafça bilinmesinin, öğrenilmesinin ve açıkça kabul edilmesinin sağlanmadığı bir durumda, (örneğin, firmanın hizmeti sunarken yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağını düzenlemesinde) bahsi geçen bu koşullar yazılmamış sayılacaktır. Buradaki yazılmamış sayılmanın hukuki nitelendirmesinin tartışmalı olduğunu yukarıda ifade etmiştik²⁵¹.

Diğer taraftan, sözleşmenin içeriğinin sınırlanmasının belirlenmesi noktasındaki hükümlere (kanuna, ahlaka, kamu düzenine²⁵² bkz. TBK md. 27) aykırılık halinde ise kesin hükümsüzlük yaptırımı meydana gelecektir²⁵³. Bu noktada, genel işlem koşulları ile genel hükümsüzlük düzenlemesinin farklı olduğunu görmekteyiz. Zira md. 27/2'deki "*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*" hükmüne göre, sözleşmenin geçersiz sayılan hükümleri olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı anlaşıldığı takdirde, sözleşme tümünden geçersiz olacak iken; genel işlem koşullarına ilişkin bir aykırılık söz konusu olması neticesinde koyduğu hükümler yazılmamış sayılan düzenleyen taraf ise, o hükümler

²⁵⁰ Alniak, **a.g.e.**, s. 346.

²⁵¹ Bkz.: B. IV: I/B.

²⁵² Roberto, **Reiseveranstalter**, s. 184.

²⁵³ Ayr. İsviçre borçlar hukuku dahilinde bkz. Altherr/Brem/Bühlmann, **a.g.e.**, s. 15 vd., Pn. 15.

olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecektir²⁵⁴.

Dolayısıyla, genel düzenlemelerden farklı olarak, genel işlem koşulları kapsamında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin koyduğu maddeler yazılmamış sayılan (düzenleyen) taraf, bu haliyle olsaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek sözleşmenin tümünden geçersiz sayılmasına hükmedilmesini talep edemeyecektir.

Belirtilen bu ihtimaller dışında, ifade etmek gerekir ki, ne sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin md. 115'te, ne de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin md. 116'da, sınırlara uyulmaması halinde geçersiz sayılan sorumsuzluk hükümleri karşısında tarafların geçersizlik olmasaydı sözleşmeyi yapmayacaklarını iddia edebileceklerine veya edemeyeceklerine ilişkin bir ifade bulunmamaktadır.

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde azınlıkta olduğu belirtilen²⁵⁵ görüşe göre, borçlunun sözleşmenin tümünden geçersiz olmasını istemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır²⁵⁶ ve alacaklının sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle elde edeceği menfi tazminat da, alacaklının bu durumda hukuki korumadan uzak kalmasını engellemektedir²⁵⁷. Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler kapsamına dahil olduğu bir durumda zaten etkisiz kalacak olan bu görüşün kabul edilmesi halinde, sözleşmede yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin hüküm bulunan bir durumda, bu hükmün geçersiz olduğu anlaşılırsa, borçlu, aslında bu sözleşmeyi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmamak üzere yaptığını ileri sürebilecek ve sözleşme de tümünden geçersiz sayılacaktır.

Konuya ilişkin hakim görüş olduğu ifade edilmekte olan ve kanaatimizce de daha makul olan görüşe göre ise, sorumsuzluk anlaşmasının veya buna ilişkin

²⁵⁴ Bkz. TBK md. 22: “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”.

²⁵⁵ Bkz. Şenocak, **Yardımcı**, s. 255 vd.

²⁵⁶ Alniak, **a.g.e.**, s. 346; Koller, **101**, s. 121 vd.

²⁵⁷ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 339.

hükümlerin geçersiz sayılması, asıl anlaşmanın geçerliliğine bir etki oluşturmamalı, dolayısıyla da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin hükümlerin iptal edilmesi durumunda, borçlu sözleşmeyi bu haliyle yapmayacak olduğunu ileri sürememelidir²⁵⁸. Bu görüşün, geçersiz olanın geçerli olanı etkilemeyebileceğine ilişkin genel deyişe paralel olduğunu da ifade edebiliriz²⁵⁹.

Ayrıca bu durumla ilgili olarak, her ne kadar sözleşmenin sınırlarını çizen genel hükümler, geçersiz hükümlerin sözleşmenin tümüne sirayet etmesine izin veriyor olsa da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk noktasında borçlunun geçersizliği bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğuna yönelik iddiası, dürüstlük kuralına aykırı olarak nazara alınmaktadır²⁶⁰. Buna göre, borçlunun (esasen geçersiz kabul edilecek olan bir) sorumsuzluk anlaşması yapmak arzusu yanında, bir de bunu bilseydi esas sözleşmeyi de yapmayacak olduğunu ileri sürmesinin “*hüsnüniyet kaidelerine*” aykırı olduğu ve dolayısıyla da, bu itiraza itibar edilmemesi gerektiği belirtilmektedir²⁶¹. Burada alacaklı yönünden bir korumanın mevcut olduğu düşüncesiyle de hareket etmek gerekir²⁶².

Gerçi ilk görüşte ifade bulan, sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olmasının sözleşmeye etkisinin tümünden geçersizlik olduğu kabul edilse dahi, eğer sözleşme ifa edilmeye başlanmış ve yardımcı kişilerden birisi zarar verici bir fiilde bulunmuşsa, bu zararlardan dolayı borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince

²⁵⁸ Başalp, **Yardımcı**, s. 408; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 885 vd.; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 456; Şenocak, **Yardımcı**, s. 256; Lörtscher, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Akman, **a.g.e.**, s. 109; Alınak, **a.g.e.**, s. 346; Kahveci, **a.g.e.**, md. 115, Pn. 19.

²⁵⁹ “*Utile non debet per inutile vitiari*”, Liebs, **a.g.e.**, s. 235.

²⁶⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 456.

²⁶¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 456; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun ve çeşitli dairelerinin süregelen kararlarında da, esasen geçersizliğe sebebiyet verecek hususların, dürüstlük ve iyiniyet kuralları dikkate alınarak geçerli sayılmasına hükmedildiği görülmektedir. Bkz.: YHGK 30.04.1997 T., 1997/15-146 E., 1997/372 K.: “...Ancak geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse, yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse bu takdirde sözleşmenin hukuken geçersiz olduğu ileri sürülemez, zira bu M.K.nun 2. maddesi uyarınca iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz...” (KİB).

²⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 886.

yine de sorumlu olmalıdır. Bu hususu bu şekilde ifade etmemizin, diğer bir ifade ile durumu yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bağlamında değerlendirmemizin en önemli nedeni ise, yukarıda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, sözleşmenin kurulmasından önce ve geçersiz sayılması halinde de uygulanmasına ilişkin, kanaatimizdir. Nitekim “*Culpa in Contrahendo*” sorumluluğu kapsamında ve takip eden başlıklarda, ilgili hususları ele almıştık.

Diğer taraftan, sorumsuzluk anlaşmalarının sorumsuzluk anlaşması yapılabilme sınırlarını ihlal eden boyutu geçersiz sayılmalıdır denilmektedir²⁶³. Bunun yanında, sorumsuzluk anlaşması sınırlarını ihlal neticesinde, sorumsuzluk anlaşmasının bir kısmının veya tamamının geçersiz sayılabilmesinin, duruma göre değişiklik göstereceği de ifade edilmektedir²⁶⁴. Örneğin yalnızca hafif kusurla verilen zararlardan sorumlu olunmamasının kararlaştırılabileceği bir durumda, ağır kusurdan ve hatta kasttan sorumlu olunmayacağı da kararlaştırılmış ise, hafif kusuru aşan kısma yönelik sorumsuzluk anlaşması dışlanmalı ve sorumsuzluk anlaşması yalnızca hafif kusuru kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır²⁶⁵. Bu paralelde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun da, somut bir olayda aynı yönde yoruma gittiğini ifade etmek gerekir²⁶⁶. Ancak sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasının kabul edilemez olduğu bir konunun (örneğin vücut bütünlüğüne zarar verilebileceğine ilişkin vs.) varlığı

²⁶³ Koller, **101**, s. 121; Büren, **a.g.e.**, 407.

²⁶⁴ Koller, **101**, s. 120.

²⁶⁵ Şenocak, **Yardımcı**, s. 255.

²⁶⁶ Bkz. YHGK 04.11.1964 T., 1964/942 E. 1964/637 K.: “...*Borçlar Yasasının 100 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası, (alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet Hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa borçlu, mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir) hükmünü kapsamaktadır. Burada, bankacılık Hükümet tarafından imtiyaz yoluyla yapılan bir sanattır. Gerçekten bu hükümdeki (imtiyaz suretiyle verilen sanat) sözü, resmi yerlerinizin vermesiyle yapılan işleri anlatmaktadır. Bilimsel görüşler, bu yoldadır (yukarıki bentte anılan eser, 748 ve 741). Türkiyede bankacılık ancak Hükümetin müsaadesiyle yapılan bir iş olduğu için bu sanat, sözü edilen hükmün kapsamına girmektedir; o halde, davalı banka ancak muhabir bankanın hafif bir kusurundan doğan sorumluluktan, sözleşme ile kendisini kurtarabilir. Akreditife ilişkin teklif mektubuna ekli şartların yukarıda anılan maddeleriyle kabul edilen muhabir bankanın davranışlarından davalının sorumlu tutulamayacağı yollu hükümler, salt olarak değil, ancak, Borçlar Yasasının 100 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası ile çizilmiş sınırlar içinde geçerli sayılabilirler; zira, bir hükmün, olabildiği ölçüde hukuki sonuç doğurabilecek bir yolda yorumlanması, yoruma ilişkin ilkelerdendir...” (KİB).*

halinde ise, sorumsuzluk şartı tümden geçersiz sayılacaktır²⁶⁷.

Yine, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğun ancak hafif kusur için ( rneğin hizmet ilişkisi bulunan bir somut olayda) kaldırılabilceğinin düzenlendiği bir durumda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun ancak hafif kusur için kaldırılmış olduğu anlaşılabacaktır²⁶⁸ denilmekte ise de, 6098 sayılı kanunun hafif kusurdan dahi sorumsuzluğu geçersiz kılan son fıkra hükmü nedeniyle, bu ifade, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta değil, yalnızca borçlunun doğrudan sorumluluğunu düzenleyen 115. maddesinin ilk fıkrası kapsamında uygulama bulabilecek görünmektedir. Dolayısıyla TBK md. 115 anlamında bir sorumsuzluk anlaşması yapıldığında, hafif kusurun üzerinde bir sorumsuzluk kaydı belirlendiği bir durumda, “olması gerekenden fazlası yapılmışsa, yapılması gereken kadar yapılmış sayılır”²⁶⁹ bakış açısı ile, bunun hafif kusur için sorumsuzluk sınırlarını aşamaması gerekir.

Konuyla ilgili özel bir düzenleme olarak ele alacağımız TSHK md. 125/1 ise, sorumsuzluk anlaşması sınırlarını aşan hükümlerin geçersiz olduğunu ve bu geçersizliğin sözleşmenin bütününe sirayet etmeyeceğini “*Taşıyıcının sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldıran veya 124 üncü maddede sözü geçen Sözleşme veya onu değiştiren protokolde belirtilmiş olan sorumluluk sınırını indirmeyi amaçlayan her şart hükümsüzdür. Bu şartların h k ms zliğ  taşıma sözleşmesinin de h k ms zliğ n  icabettirmez.*” şeklinde ele almış bulunmaktadır.

²⁶⁷ Koller, **101**, s. 121.

²⁶⁸ Koller, **101**, s. 121.

²⁶⁹ Wharton, **a.g.e.**, s. 143, Mx. 72: “*Quando plus fit quam fieri debet, videtur etiam illud fieri quod faciendum est - When more is done than ought to be done, then that is conidered to have been done which ought to have been done.*”.

SONUÇ

Çalışmamızda ele aldığımız üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu genel bir hüküm olması itibariyle, çok çeşitli sözleşme tipleri ve borç ilişkileri içerisinde karşımıza çıkabilmektedir. Kanun hükmünün borç ilişkilerinden bahsetmesi, fakat herhangi bir sınır çizmemiş olması, bu çeşitliliği artırmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay kararları incelendiği zaman, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile ilgili kararların çok büyük bir bölümünün, banka - müşteri ilişkileri içerisinde gerçekleşen olaylar eksenli olduğu görülecektir. Dipnotlarda verdiğimiz kararlar incelendiğinde, bankalara ilişkin bu kararların, banka personelinin müşteri hesaplarına ilişkin kötüniyetli ve kasti işlenmiş, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre de suç sayılan fiilleri ele aldığı görülmektedir.

Yargıtay kararları bahsinde, çalışmamızı oluştururken farkına vardığımız bir durumu da hemen ifade etmek gerekir. Çalışmamızda Yargıtay kararları kronolojik bir sıra içerisinde incelenerek kullanılmıştır. Bu noktada dikkatimizi çeken husus ise, yeni tarihli Yargıtay kararlarında, özellikle TBK md. 66 anlamında adam çalıştıranın sorumluluğu ile TBK md. 116 anlamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının, bu sorumluluk türlerine ilişkin kavramların, sanki aynı sorumluluk türünü düzenliyorlarmış gibi aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaları ve özellikle de sorumlu kişilerin sorumluluktan kurtulabilme imkanlarının, bazı kararlarda birbirine karıştırılmış olmasıdır. Buna karşılık, nispeten eski tarihli kararlarda ise, bu bahsettiğimiz ayrımların daha sağlıklı yapıldığı ve bol miktarda da yerli ve hatta bazen de yabancı doktrin ifadelerinden yararlanılmış olduğu görülmektedir; ki teorik bilgilere geçmeden önce, esasen kanaatimizce çok önemli olan bu bulguyu paylaşmakta yarar vardır.

Konuya ilişkin devam eden bulgu ve kanaatlerimizi aşağıda bentler halinde sunabiliriz:

a. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun gelişimine ilişkin bulgu ve sonuçlar:

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesi, Roma hukukundan bu yana çeşitli şekillerde karşımıza çıkmış bir düşüncenin ürünüdür. Elbette TBK md. 66 (OR art. 55 – BGB § 831) ve TBK md. 116 (OR art. 101 – BGB § 278) anlamında kapsamlı bir ayırmadan bahsedemeyiz. Ancak bu dönemde de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulma düşüncesinin farklı şekillerde ele alınmış olduğunu, somut metinlerden de anlamaktayız. Modern hukuk düzenlemelerine baktığımız zaman ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk anlamında 1794 tarihli “*Das preussische Allgemeine Landrecht*” (ALR) yani Prusya Genel Devlet Kanunu’nu, 1803 tarihli “*Code civil des Français*” Fransız Medeni Kanunu’nu, Avusturya düzenlemesi olan “*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*” ABGB kanununu, İsviçre hukuku bakımından ilk olarak 1881 tarihli kanunun 115. maddesini, 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Alman Medeni Kanunu’nun “*Bürgerliches Gesetzbuch*” 278. paragrafını, yine 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun 101. maddesini, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 100. maddesini, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesini ve an itibarıyla tasarı halinde bulunan ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin de hüküm ihtiva eden yeni İsviçre Borçlar Kanunu tasarısının 119. maddesini kronolojik olarak sıralayarak örnek gösterebiliriz.

b. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temellerine ilişkin görüşlere dair bulgu ve sonuçlar:

Çalışmamızda ele aldığımız üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düşüncesi, çeşitli fikirlerle açıklanmış ve bu sorumluluk türünün uygulanmasının haklılık gerekçeleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Buna göre, “garanti”, “sonuç vaadi”, “özen”, “hakimiyet”, “temsil”, “araç”, “tehlike”, “isnadiyet birliği”, “yarar ve tehlike”, “etki alanı” gibi isimlendirebileceğimiz görüşler bulunmaktadır. Bunların dışında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun tek başına burada sayılan düşüncelerin biriyle açıklanmasının, kurumun uygulanmasını eksik bırakacağı, çoğu halde kanundan doğan borç ilişkilerinde yukarıda saydığımız teorilerin yetersiz kaldığı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin pozitif

hükümlerin dayanağını daha ziyade sosyal tartışmalardan ve hukuk politikasından aldığı, bu sebeplerle de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun bu düşüncelerden yalnızca biriyle açıklanıp bırakılmasının eksik sonuçlara sebebiyet vereceği ifade edilmektedir; ki bu yönde bir kanaate sahip olduğumuzu belirtmek isteriz. Bu son görüş elbette sayılan görüşlerin tümünden reddedilmesi anlamına gelmeyecektir. Yalnızca bunlardan birisinin salt tek başına kullanılmasının açıklayamadığı örnekler düşünüldüğünde, kanaatimizce de somut olaylarda tüm bu koruma düşüncelerinden ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun haklılığına ilişkin görüşlerden uygun düştüğü ölçüde yararlanılabilir. Öyle ki, doktrinde, ve bizim çalışmamızda, bu kurumun başlığı altındaki sorunlar çözülürken, bahsi geçen teoriler uygun düştüğü ölçüde ve hatta bir arada kullanılabilmektedir.

c. Türk Borçlar Kanunu'ndaki mevcut yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne ilişkin değerlendirme ve önerilerin neler olduğuna dair bulgu ve sonuçlar:

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünü, 6098 sayılı kanunda yeniden ele alan kanun koyucu, doktrinde sair hususlardaki eleştiriler doğrultusunda, kimin kimden sorumlu olduğunun dahi anlaşılamadığı eski madde başlığını ve tek tek sayma anlamına gelecek şekilde düzenlenmiş bulunan “*kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetindeki çalışanlara*” ifadesini değiştirmiş; başlık olarak “*yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*” ve metin içindeki bu kişilere ilişkin ise kaynak kanuna da uygun şekilde, “*birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara*” ifadesini kullanmıştır. Buradaki “gibi” ifadesinin kullanılması kanunun lafzını düzeltilmiş durumdadır. Ancak kanaatimizce, yürürlükteki kanunumuzda yer alan bu ifadenin, tümünden metinden çıkarılmış olması, daha uygun sonuçlar verecektir. Öyle ki, bu örneklemenin herhangi bir pratik anlamı olmadığı gibi, doktrinde irdelenecek özel bir durumu da ortaya koymadığı görülmektedir. Bu konudaki görüşümüzün haklılığı bakımından, bu ibareyi metinden çıkarmış bulunan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 119. maddesini ve mevcut Alman Medeni Kanunu'nun 278. paragrafını da örnek gösterebiliriz. Dolayısıyla yapılacak herhangi bir değişiklikte, bu hususun da göz önüne alınması yerinde olacaktır.

d. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarının neler olduğuna dair bulgular:

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun şartlarından ilki, yardımcı kişi kullanan kişi ile zarar gören kişi arasında bir borç ilişkisi bulunmasıdır. Bu borç ilişkisinin kaynağı, en çok karşımıza çıkacağı şekilde bir sözleşme olacağı gibi, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve kanunda sayılmış diğer durumlardan doğan borç ilişkileri de olabilecektir. Burada önemli olan, borç ilişkisinin yardımcı kişinin bir zarar vermesi ile değil, zarar vermesinden önce kurulmuş olmasıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yalnızca Türk Borçlar Kanunu içerisinde sayılan borç ilişkileri dışında, Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve sair mevzuatlarda geçen ve uygun düşen ilişkilere de gerektiğinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını, doktrinle paralel olarak kabul etmekteyiz.

İkinci olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak kişinin borç ilişkisindeki ifa faaliyetlerini, tümünden veya kısmen yardımcı kişileri eliyle görüyor olması veya yine bir borç ilişkisinden doğan hakkı, bir üçüncü kişiye kullandırması söz konusu olmalıdır. Belirtmek gerekir ki, doktrinde görüş birliği olduğu üzere, burada borçlu ile yardımcı kişi arasındaki iç ilişkinin ne olduğu ve türü önemsizdir.

Yine yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için, yardımcı kişinin fiillerinin alacaklı bünyesinde bir zarara sebebiyet vermiş olması gerekecektir. Bazı hallerde bu zarar borç ilişkisine dahil olmayan kişilerin de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine başvurmasını mümkün kılar; ki buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu bakımından da uygulanabilmektedir.

Son olarak, zarar ile fiil arasında illiyet bağının kurulmuş olması gerektiğini ve doktrindeki hakim görüşte de olduğu üzere yardımcı kişinin fiilleri neticesinde doğacak zararlardan dolayı sorumlu olacak kişinin farazi kusurunun bulunması gerektiğini ifade etmek gerekir.

Yine çalışmamızda ayrı bir bölümde ele alınmış olmakla birlikte, yardımcı

kişilerin fiillerinden sorumsuzluğun olumsuz bir şartı olarak nazara alınabilecek bir durumun ise, yardımcı kişilerin fiilleri bakımından bir sorumsuzluk anlaşması yapılmamış olması olduğunu da ekleyebiliriz.

e. Yardımcı kişinin kim olduğuna dair bulgu ve sonuçlar:

Yardımcı kişi, borçlunun rızası ile borç ilişkisindeki borcu ifa eden veya bir hakkı kullanan kişiyi ifade etmektedir. Bu genel tanımdan sonra, en çok karşımıza çıkacak ayrımlardaki bulguları kısaca ifade edelim. Buna göre;

- Organların fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun değil, tüzel kişinin kendi sorumluluğuna gidilmek gerekecektir. Bununla birlikte bir tüzel kişinin organ sıfatına sahip olmayan üçüncü kişilere yaptırdığı işler kapsamında borç ilişkisinin karşı tarafına verilen zararlardan dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk doğacaktır. Ayrıca, kamu tüzel kişilerinin de genel şartlar tamamlandığı zaman, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerince sorumlu olabilecekleri kabul edilmektedir.

- Kaim kişi(lik)²⁷⁰ olarak zikredilen ve bir borcun ifasına yönelik ilişkinin tümünden devredilmesi halinde oluşan durumda, doktrinde çoğunlukla devredenin yalnızca bu kişinin seçim ve talimatlandırılmasından sorumlu olduğu ifade edilse de, kanaatimizce kaim kişi olarak ifade edilen kişi ile borç ilişkisinin karşı tarafı arasında da doğrudan bir ilişki söz konusu olmadığı sürece, tüm ihtimallerde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanması ve devredeninin de bu hükümlere göre sorumlu olması gerekir.

- Hayvanların borç ilişkisinin ifasında kullanılabileceklerinde şüphe bulunmamaktadır. Ancak hayvanların verdiği zararlardan dolayı, hayvan borçlunun hakimiyetinde ise borçlunun doğrudan sorumluluğu (TBK md. 112), yok eğer hayvanlar borcun ifasında kullanılan başka gerçek veya tüzel kişilerin hayvanları ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uygulanabilir. Ancak her halükarda hayvanların yardımcı kişi sayılabilmeleri mümkün değildir.

²⁷⁰ “substitut/ersatzperson”.

- Ayrıntılı açıklama yapmadan belirtebiliriz ki, ifade kullanılan makinelerin, elektronik cihazların verdiği zararlardan dolayı sorumlulukta da, yukarıdaki paragraftakine paralel görüş izlemekteyiz. Bunun gibi, otonom yapıya sahip robotik sistemlerin, yapay zekaya sahip sistemlerin yardımcı kişi sayılamayacağını, bunların da hayvanlara ilişkin yaptığımız yorumlara tabi tutulacağını, dolayısıyla da kendi başına hareket edebilen, yapay zekaya sahip robotların, otonom sistemlerin verdikleri zararların, doğrudan bunları kullanan kişilerin sorumluluğuna sebebiyet vereceğini; bu varlıkların sorumlulukları ile bunları kullananların sorumluluklarını ayırabilmemiz için, bu varlıkların hak ehliyetine ve buna bağlı olarak da kişi statüsüne sahip olmalarının gerektiğini ifade etmek gerekir.

- Önemli tartışmalardan birine sahip alt yardımcı konusunda ise, alt yardımcı ister yardımcı kişinin talimatları dışına çıkmış olsun, isterse de yardımcı kişinin talimatlarına göre hareket ediyor olsun, esas borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olmalıdır. Bunun yanında, işin niteliği gereği yardımcı kişi kullanılmasının (veya alt yardımcı kullanılmasının) uygun olmadığı veya sözleşme ile yasaklanmış olduğu hallerde ise, yardımcı kişilerin sorumluluktan ziyade, borçlunun doğrudan sorumluluğu da gündeme gelecektir.

- Bir başka husus da, yardımcı kişi ile borçlunun iç ilişkisini konu almaktadır. Buna göre doktrinde görüş birliği de olduğu üzere, fiillerinden sorumlu olunacak yardımcı kişiler ile borçlu arasında bir bağımlılık unsuru aranmadığı gibi, borçlu ile yardımcı kişinin iç ilişkisinin boyut ve dayanağı da, alacaklıya karşı ileri sürülebilecek bir argüman değildir.

- Tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi yardımcı kişi sayılabileceklerine ilişkin olarak herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yardımcı kişi olan bu tüzel kişilerin, gerek kendi bünyesindeki kişilerce, gerekse de dışarıdan hizmetini aldıkları üçüncü kişilerce verdikleri zararlardan dolayı, borçlu sorumlu olacaktır.

- Önemli bir başka mesele de, tekel konumunda bulunan yardımcı kişilerin hizmetine başvurulması durumudur. Kanaatimizce, yardımcı kişi olarak borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında kullanılan kişi tekel konumunda ise, iki farklı

şekilde hareket etmek gerekir. Eğer her ihtimalde bir yardımcı kişiye gitmek gerekiyor ve tek yardımcı kişi bu tekel konumdaki kişi ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulanmamalı; ancak borçlunun borcunu kendi ifa etmesi dışındaki ikinci seçeneği tekel konumdaki yardımcı kişiyi kullanmak ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları uygulanmalıdır. Nitekim doktrinde, devletin posta ve tren vs. hizmetlerinin kullanılması halinde dahi, bu hizmetleri kullanan kişinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk uyarınca sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

- Kanuni temsilcinin fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilip gidilmeyeceği ise ayrı bir önemli mevzudur. Alman Medeni Kanunu, fiillerinden sorumlu olunacak yardımcı kişileri sayarken, özel olarak kanuni temsilciden de bahsetmiştir. Kaynak kanunumuz ve Türk Borçlar Kanunu için böyle bir durum söz konusu değildir. Kanaatimizce, kişinin kanuni temsilcinin fiillerinden dolayı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarına göre sorumlu olması, (yardımcı kişi kullanılmasının, seçiminin vs. temsil edilenin iradesine bağlı olmadığı gibi düşüncelerle) bu sorumluluğun şartlarının sağlanamaması, temel düşüncesinin ve koruma menfaatinin bulunmaması nedeniyle mümkün olmamalıdır.

- Yine Alman Medeni Kanunu'nda sayılmamış olsa da, kaynak İsviçre düzenlemesi ve Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olduğundan dolayı, kullanma yardımcısı olarak ele alınan, borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılması vesilesiyle karşı tarafa zarar veren (bu konuda en çok verilen örnek, kiracının kiralanana rızası ile getirdiği kişilerin verdikleri zararlardan kendisinin de sorumlu olmasıdır) kişilerin fiillerinden dolayı da, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarının uygulanacağında şüphe yoktur.

f. Yardımcı kişilerin hangi fiillerinin TBK md. 116 anlamında sorumluluğa sebebiyet verdiğine dair bulgu ve sonuçlar:

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusundaki en önemli sorulardan bir tanesi de budur. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar yaptığımız üzere, görüşlerden bir tanesine göre, yardımcı kişilerin borçlunun sorumluluğuna sebebiyet verecek

davranışlarının doğrudan ifa konusu şeye ilişkin borcun ihlaline yol açacak fiiller olmaları gerekir. Yine diğer bir bakış açısında göre, sorumluluğa sebebiyet verecek fiillerin, yalnızca doğrudan borca ilişkin olmasa da, mutlaka borcun ifası anına rastlayan fiiller olmaları gerekir. Kanaatimizce borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmesi için, zarar verici fiillerde bulunan kişilerin bu davranışlarının, işin konusu ile bir uyum içerisinde olmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, herhangi bir borcu ifa ederken, işle ilgili zararlar veren; işle alakasız olarak hırsızlık veya sözlü-fiziksel taciz davranışları sergileyen; veya genel olarak alacaklıya hukuka aykırı bir fiil ile zarar veren yardımcının tüm bu davranışlardan doğan sorumluluğunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kuralları kapsamında borçluya yüklenmesi gerekir.

Ayrıca, yardımcının yalnızca ifa anıyla birebir uyuşan bir zarar dilimi içerisinde gerçekleşen davranışlarının değil, aynı zamanda (culpa in contrahendo ve culpa post pactum perfectum başlıklarında ayrıntılı olarak örneklendirdiğimiz üzere) sözleşme öncesindeki, ifa sırasındaki, ifa arasındaki ve somut olayın şartlarına göre ifa sonrasındaki davranışlarının dahi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa sebebiyet verebileceğini kabul etmek gerekir.

g. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kusur hususuna ilişkin yaklaşım ve kabule dair bulgu ve sonuçlar:

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta farklı görüşlerle ele alınan noktalardan bir diğeri ise, kusur kavramıdır. Bu hususta da, kusursuz sorumluluk ile kusur aranan bir sorumluluk yönünde çeşitli görüşler mevcuttur. Doktrinde (bizim de kabul ettiğimiz) hakim görüşe göre ise, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için bakılması gereken unsur, zararı doğuran yardımcı kişinin fiilini borçlu bizzat kendisi yapsaydı kusurlu sayılıp sayılmayacağının ve sorumlu olup olmayacağının değerlendirilmesidir. Esasen kusur bahsini ele alan görüşlerin hiç birisinde, borçlunun ayrıca kusurlu olmasının aranmadığını da belirtmek gerekir. Zaten borçlunun bir de kusurlu olarak addedilmesi, onun şahsi sorumluluğunu da beraberinde getirecektir; ki böyle bir halde ödediği tazminat için rücu imkanı da daralacaktır. Eklemek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısında, yardımcı

kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin madde tasarısına göre de, bu hakim görüş maddede yer almaktadır²⁷¹.

h. Şartları gerçekleşen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tazminat boyutuna ilişkin geçerli ilkelere dair bulgu ve sonuçlar:

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için borçlunun ayrıca kusurlu olması gerekmiyor olsa da, kusur gibi genel borçlar hukuku kavramları, tazminatın boyutu bakımından önemlidir. Bu husus yukarıda verdiğimiz Yargıtay kararlarında da görülmektedir. Dolayısıyla, somut olaydaki tazminatın miktarı tayin edilirken, borçlar hukukunun genel kurallarından ve elbette haksız fiilleri düzenleyen maddelerdeki kurallardan uygun düştüğü ölçüde yararlanılacaktır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta da zararı doğuran davranışı ortaya koyan kusurun ağırlığı (kast, olası kast, ağır-hafif ihmal) gibi durumlar, tazminatın belirlenmesinde etkilidir. Yine işin borçlu için bir yarar sağlamaması hallerinde, tazminat sorumluluğu buna göre hafif ele alınabilecektir. Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz üzere, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun söz konusu olduğu somut her olayda borçlu ve yardımcı kişinin zararlardan dolayı, her zaman aynı şekilde sorumlu olması gerekmediğini, iç ve dış ilişkilerin, yapılmış sorumsuzluk anlaşmalarının ve somut olaydaki işin ve zararın niteliğinin, farklı kişilerin farklı kalemler uyarınca sorumlu olmasına sebebiyet verebileceğini ifade edebiliriz.

Eklemek gerekir ki, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bazı hallerde doğrudan tazmin borcunu doğuran sonuçlar dışında, sözleşmenin feshi gibi sonuçlara sebebiyet de verebilecektir. Yine somut olayda bir külfetin varlığı halinde, bu külfetleri yardımcı kişilerince ihlal eden taraf, bu külfetlere bağlanan hakları yitirebilecektir. Aynı şekilde, borçlunun veya borçlunun yardımcılarının ortak kusur teşkil etmeye yatkın fiilleri de, tazminatın belirlenmesinde ve hatta illiyet bağıını kestikleri noktada tazminat talebinin reddedilmesinde önemli rol oynayacaklardır.

²⁷¹ Bkz. Ts. OR 2020 art. 119.

i. Dürüstlük kuralına dayandırılan borç ilişkilerine dair teorilerin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından uygulanabilme durumuna dair bulgu ve sonuçlar:

Yukarıda yardımcı kişilerin fiillerin sorumluluktan bahsedebilmemiz için yardımcı kişi kullanan borçlu ile zarar gören kişi arasında mevcut bir borç ilişkisinin söz konusu olması gerektiğini belirtmiştik. Elbette bu borç ilişkisinin, zararı meydana getiren davranışların icra edildiği anda söz konusu olmaları gerekir. Ancak dürüstlük kuralından doğduğu kabul edilen borç ilişkileri başlığı altında açıkladığımız üzere, bazı hallerde borç ilişkisi henüz doğmamış veya sona ermiş olsa da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa gidilebilecektir. Dolayısıyla, “culpa in contrahendo”, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme”, “sözleşmenin ard etkisi”, “edim yükünden bağımsız borç ilişkileri”, “fiili sözleşme” gibi hukuki teori ve kurumların yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ile birlikte de uygulama bulacağını belirtmek gerekir.

j. Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin bulgu ve sonuçlar:

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel hüküm olan TBK md. 115’ten farklı olarak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddesinde ele alınan sorumsuzluk anlaşması kurallarına göre, bir kişi ister ağır, ister hafif kusur, isterse de kast için olsun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuz olacağına ilişkin anlaşma yapabilecektir. Diğer taraftan, kaynak İsviçre kanunundan ve 818 sayılı kanundan farklı olarak, mevcut yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne göre, bir kişi uzmanlığı gerektiren bir mesleği kanun veya resmi makamlarca verilen izinle yürütülebiliyor olması halinde, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuz olacağına ilişkin kayıtlar geçersiz olacaktır. Buradaki çok önemli farklılıklardan birisi, hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşması yapılabilme imkanının kaldırılmış olması ve doktrindeki bazı eleştirilere paralel olarak imtiyaz ibaresinin izin ibaresine çevirilmiş olmasıdır; ki kanaatimizce de bu hususlar yerinde değişikliklerdir.

Sorumsuzluk anlaşmalarına uyulmaması halinde nasıl hareket edileceği ise ayrı bir durumdur. Kural olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk

anlaşmalarının genel işlem koşulları denetiminden geçememesi durumunda, yalnızca denetime takılan hükümler geçersiz olacak iken, geri kalan hükümler geçerliliğini sürdürebilecektir. Yine kural olarak sözleşmede geçersizlik yaptırımına maruz kalacak hükümler yanında, bu hükümlerin geçersizliklerinden dolayı sözleşme yapılmayacak idiyse, sözleşmenin tümünden geçersiz olacağını söyleyebiliriz²⁷². Genel işlem koşulları denetimi bir kenara bırakılacak olursa, bu kural uyarınca, taraflar arasındaki anlaşmaların tümünden geçersiz olabilecekleri sonucuna varılabilecekse de, konuya ilişkin hakim görüş olduğu ifade edilmekte olan ve kanaatimizce de makul olan görüşe göre ise, sorumsuzluk anlaşmasının veya buna ilişkin hükümlerin geçersiz sayılması, asıl anlaşmanın geçerliliğine bir etki oluşturmamalı, dolayısıyla da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin hükümlerin iptal edilmesi durumunda, borçlu sözleşmeyi bu haliyle yapmayacak olduğunu ileri sürememelidir.

k. Diğer bulgu ve sonuçlar:

Ayrıca, İsviçre Borçlar Kanunu tasarısının 119. maddesinde ele alınan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesini, “*birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara*” ifadesine yer vermemiş olması; kusurluluk bakımından mevcut olan tartışmaları bir kenara bırakarak hakim görüşte olduğu gibi açık bir ifade ile, zarar doğuran davranışı “*bizzat kendisi yapmış olsaydı sorumlu olmayacağını ispatlamadığı sürece*” yardımcının davranışlarından sorumlu olunacağını düzenlemiş olması; ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümleri iki ayrı fıkra da tekraren düzenlemek yerine Alman Medeni Kanunu’nda olduğu gibi diğer genel hükümlere bırakması gibi açılardan olumlu ve benimsenmeye değer bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

Yine, mevcut TBK md. 116 madde başlığı bakımından da ekleme yapmak gerekir. Yukarıda, çalışmamız boyunca ifade ettiğimiz görüşler, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun uygulama sahası ve sair hususlar değerlendirildiğinde, kanaatimizce, mevcut hali de yanlış olmamakla ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’na paralel olmakla birlikte, madde başlığının da daha kapsayıcı bir şekilde

²⁷² Bkz. TBK md. 27.

düzenlenmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Öyle ki, borçlu, yalnızca doğrudan bir borcu ifa eden veya bir hakkı kullanan kişilerin fiillerinden değil, aynı zamanda herhangi bir borcu ifa etmeksizin alacaklının alanına temas edebilen veya herhangi bir şekilde alacaklıya zarar verme imkanına eriştirilen kişilerin fiillerinden de sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla, tüm bu sebeplerden dolayı, her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'na dair yeni kanun tasarısında da, bu konuyu düzenleyen madde başlığında, bahsettiğimiz anlamda bir değişiklik olmuyor ve “yardımcı kişinin sorumluluğunun üstlenilmesi”²⁷³ ifadesi düzenleniyor ise de; kanaatimizce, Alman Medeni Kanunu'ndaki “Borçlunun üçüncü kişilerden sorumluluğu”²⁷⁴ ya da yalnızca borçlu değil, alacaklı da bu sorumluluk altında incelendiğinden “Üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk” veya borç ilişkisi kavramı da vurgulanmak ve diğer sorumluluklardan ayırt edilmek isteniyor ise “Borç ilişkisinde üçüncü kişilerden sorumluluk” şeklinde olması daha uygun ve kapsam bakımından daha tatmin edici olacaktır. Zira, çıkış noktası, “yardımcı kişiler” kavramına dayanan bu kurum, yerli ve yabancı mahkeme kararları, doktrin ve çalışmamızda da görüldüğü üzere, salt “yardım eden kişiler” kavramından çok daha geniş bir şekilde ele alınmaktadır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk metninin lafzına ilişkin son olarak ise 818 sayılı kanundaki eski 100. maddede yer alan bir ifade bakımından ekleme yapmak gerekir. Öyle ki, bahsettiğimiz maddede, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak kişi ifade edilirken, tıpkı Avusturya Medeni Kanunu ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi “Kimse” kelimesi seçilmiştir. Yürürlükteki kanunumuz ise aynı kişiden bahsederken, tıpkı Alman Medeni Kanunu, eski İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında olduğu gibi “Borçlu” kelimesini tercih etmiştir. Ancak kanaatimizce, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının, çalışmamızda gösterdiğimiz, uygulama alanı düşünüldüğünde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacak kişinin, “Borçlu” şeklinde tanımlanması yerine, “Kimse veya Kişi” olarak tanımlanması çok daha kapsayıcı ve yerinde olacaktır.

²⁷³ “*Einstehen für Hilfspersonen*”, bkz.: Ts. OR art. 119.

²⁷⁴ “*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*”, bkz.: BGB § 278.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk: **Kira Hukuku Şerhi**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.
- Ackers, Ewald: **Die Anwendbarkeit des § 278 BGB bei Selbständigen und Unselbständigen Unterlassungspflichten**, Diss., Wanne-Eickel, Wohlfahrts Druckerei, 1930.
- Adomeit, Klaus/
Hähnchen, Susanne: **Latein für Jurastudierende**, 6. bs., München, C. H. Beck, 2015.
- Akbıyık, Cem: “Temsil Yetkisi Ve Temel İlişki”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 4, 1997.
- Akdağ Güney, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Akıncı, Şahin: **Roma Borçlar Hukuku**, 7. bs., Konya, Sayram Yayınları, 2017.
- Akkurt, Sinan Sami: **Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Akman, Galip Sermet: **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 1976.
- Aksoy, Hüseyin Can: “Türk Ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 129, 2017.
- Akyol, Şener: **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Alnıak, M. İlhan: “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

- Mecmuası**, C. 35, S. 1-4, 1969.
- Alpmann, Josef: **JurisPraxisKommentar – BGB: Schuldrecht**, C. 2.1, 5. bs., Saarbrücken, Juris, 2010. (§ 278)
- Altay, Sabah: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3)”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011.
- Altherr, Hans/Brem, Ernst/Bühlmann, Hubert: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1989.
- Antalya, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. III, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017. (Ks.: Borçlar)
- Antalya, O. Gökhan: **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017. (Ks.: Manevi)
- Antalya, O. Gökhan: “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması: Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017. (Ks.: Tazminat)
- Antalya, O. Gökhan: “Prof. Dr. Gökhan Antalya Değerlendirme Konuşması”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011. (Ks.: Değerlendirme)
- Apaydın, Eylem: “Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi”,

- Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8, Özel Sayı, 2013.
- Ataay, Aytekin: **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarım, 4. bs., İstanbul, Der Yayınları, 1986.
- Atamer, Yeşim M.: **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999. (Ks.: İşlem)
- Atamer, Yeşim M.: **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996. (Ks.: Haksız)
- Atlan, Hülya: **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Auer, Hans: **Die Haftung für Hilfspersonen: mit Besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes**, Bern, Verlag von Stämpfli & Cie, 1933.
- Avcı Braun, Cihan: “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına Ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 64, S. 1, 2015.
- Aydoğdu, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8, Özel Sayı, 2013. (Ks.: Kişi)
- Aydoğdu, Murat: **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu**, md. 20-25, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (Ks.: İşlem)
- Ayrancı, Hasan: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, 2003.
- Basedow, Jürgen: “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, Çev. Arzu Oğuz,

- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, 2003. (Ks.: Avrupa)
- Basedow, Jürgen: “Karşılaştırmalı Hukuk Ve Kullanıcıları”, Çev. Gökçe Kurtulan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIV, S. 2, 2016. (Ks.: Karşılaştırmalı)
- Başalp, Nilgün: **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011. (Ks.: Sorumsuzluk)
- Başalp, Nilgün: “Sorumsuzluk Anlaşması, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 24-25 Mart 2012. (Ks.: Yardımcı)
- Başoğlu, Başak: “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2015.
- Baysal, Başak: **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Bächler, Hans: **Über de Beizug eines Dritten durch den Beauftragten**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, S. 339, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1960.
- Becker, Gustav: **Zur Vorgeschichte des § 278 BGB**, Diss., Göttingen, W. Fr. Kaestner, 1919. (Ks.: 278 BGB)
- Becker, H.: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen**, C. 6, Bern, Stämpfli & Cie Verlag, 1941. (Ks.: Obligationenrecht)
- Berger, Adolf: **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, C. 43, B. 2, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991.

Bergmann, Karl-Otto/

Wever, Carolin: **Die Arzthaftung**, 3. bs., Berlin - Heidelberg, Springer-Verlag, 2009.

Berki, Şakir: “Borçların Sukutu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 1955.

Bickenbach, Willfried: **Haftung für Culpa in Contrahendo des Vertreters nach BGB**, Diss., Emsdetten, Heinrich & Lechte, 1934.

Blau, B.: **Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin, 1902.

Bleckwenn, Eike: **Die Haftung des Tierarztes im Zivilrecht**, Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2014.

Bohnstedt, Jan: **Vertragsrecht im Einkauf**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2012.

Bopp, Eberhard: **Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung von Allgemeinen Verkehrspflichten**, Diss., Stuttgart, Strecker und Schröder, 1938.

Bozkurt, Gülnihâl: **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci**, 2. bs., Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2010.

Bozkurt Yüksel,

Armağan Ebru: “Robot Hukuku” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 29, 2017.

Brieskorn, Konstanze: **Vertragshaftung und Responsabilité Contractuelle: ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa**, Berlin, Mohr Siebeck, 2009.

Brodmann, E.: “Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB.,

- Insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers”,
**Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des
Bürgerlichen Rechts**, S. 58, 1911.
- Broglie, Maximilian G.: **Arzthaftungsrecht: Grundlagen und Praxis**, 5. bs.,
München, Verlag C. H. Beck, 2014.
- Brox, Hans/
- Walker, Wolf-Dietrich: **Allgemeines Schuldrecht**, 39. bs., Nördlingen, C. H.
Beck Verlag, 2015.
- Brüggemeier, Gert: “Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht”,
Archiv für die Civilistische Praxis, C. 182, 1982. (Ks.:
Deliktsrecht)
- Brüggemeier, Gert: **Prinzipien des Haftungsrecht**, Baden-Baden, Nomos,
1999. (Ks.: Haftungsrecht)
- Bucher, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil
ohne Deliktsrecht**, 2. bs., Zürich, Schulthess
Polygraphischer Verlag, 1988.
- Burchardi, Rudolf
- Johann: **Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für Seine
Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen : Eine
Civilistische Abhandlung**, Kiel, Schröder, 1861.
- Buz, Vedat: “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, **Türk Borçlar
Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, İstanbul,
On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Büren, Bruno von: **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**,
Zürich, Schulthess & Co, 1964.
- Büyüksağış, Erdem: **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar
Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Caemmerer, Ernst von: “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, **Festschrift für**

- Fritz Hauß: zum 70. Geburtstag**, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1978.
- Canaris, Claus-Wilhelm: “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, **JuristenZeitung**, 1965. (Ks.: Schutzwirkung)
- Canaris, Claus-Wilhelm: **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971. (Ks.: Vertrauenshaftung)
- Cansel, Erol/
Özel, Çağlar: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Caspers, Georg: **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, C. 2, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2014. (Ks.: Staudinger) (§ 278)
- Çakırca, Seda İrem: **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansımaya Zararı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Çelik, Nazlı Hilal: **Adam Çalıştıranın Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Çetiner, Bilgehan: “Haftung Des Motorfahrzeughalters Nach Dem Türkischen Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Gefälligkeitsfahrt”, **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, N. 58, 2009. (Ks.: Motorfahrzeughalters)
- Çetiner, Bilgehan: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar Ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 67, S. 1-2, 2009. (Ks.: Ayıp)

Dalcı Özdoğan,

Nurcihan: **Müteselsil Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Dauner-Lieb, Barbara: **BGB Schuldrecht**, 3. bs., Baden-Baden, Nomos, 2016.

Delmere, Johannes: **Der Erfüllungsgehilfe in § 278 BGB**, Bochum, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1982.

Demir, Mehmet: “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 3, 2008. (Ks.: Hekim)

Demir, Mehmet: “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının Ve Hekimin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 89, 2010. (Ks.: İlaç)

Deschenaux, Henri/

Tercier, Pierre: **Sorumluluk Hukuku**, Çev.: Salim Özdemir, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983.

Deutsch, Erwin: “Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht”, **Archiv für die civilistische Praxis**, C. 202, S. 6, 2002.

Develioğlu, Hüseyin

Murat: **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu – Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (md. 128)

Dönmez, Ünsal: “Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Hâlleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016.

Dreher, Paul: **Die Höchststrichterliche Rechtsprechung zu § 278 BGB**, Diss., Kempten Allgäu, 1986.

Dreier, Thomas/

Vogel, Rupert: **Software- und Computerrecht**, Frankfurt, Verlag Recht

und Wirtschaft, 2008.

Dreier, Thomas/Raay,

Oliver Meyer-van: **Handbuch des Technikrechts**, 2. bs., Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2011.

Dreyer, H.: “Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften?”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, C. 1, Berlin, Commission Verlag von J. Guttentag, 1884.

Dural, Mustafa/

Öğüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.

Dural, Mustafa/

Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 10. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.

Emiroğlu, Haluk: “Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis Ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 3, 2002.

Emmerich, Volker: **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2005.

Enneccerus, Ludwig: “Zweite Sitzung der Ersten Abteilung am 12. September 1884”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, Zweiter Band, Berlin, 1885.

Erdoğan, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2012.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017. (Ks.: Genel)

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2015. (Ks.: Özel)
- Eren, Fikret: “Haftung Mehrerer Schädiger für den Gleichen Schaden”, **Die Verantwortlichkeit im Recht: Türkische-Schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern**, C. 2, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981. (Ks.: Schaden)
- Ergüne, Mehmet Serkan: “Culpa İn Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010. (Ks.: Culpa)
- Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008. (Ks.: Zarar)
- Erlüle, Fulya: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011.
- Ersoy, Çağlar: **Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ertaş, Şeref: “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011.
- Erten, Ali: **Sorumsuzluk Şartları**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977.
- Escher, Arnold/
- Tuhr, Andreas von: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)**, 3. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 1984.

Esser, Josef/

Schmidt, Eike: **Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil**, 8. bs., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2000.

Fikentscher, Wolfgang/

Heinemann, Andreas: **Schuldrecht**, 11. bs., Germany, De Gruyter Recht, 2017.

Fischer, Karl: **Die nicht auf den Parteiwillen Gegründete Zurechnung Fremden Verschuldens nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: Eine Privatrechtliche Studie**, München, J. Schweitzer Verlag, 1904.

Flohr, Eckhard: **Franchise-Vertrag**, München, Verlag C. H. Beck, 2010.

Florina Müller, Melinda: “Roboter und Recht: Eine Einführung”, **Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle**, Zürich/St. Gallen, 5/2014.

Flume, Werner: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Die juristische Person**, C. 1, B. 2, Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 1983.

Förster, Christian: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 3. bs., Heidelberg, C. F. Müller, 2015.

Fundel, Stefan-Andreas: **Die Haftung für Gehilfenfehlverhalten im Bürgerlichen Recht**, Diss., Tübingen, Köhler-Druck, 1999.

Furrer, Andreas/Wey, R: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen**, 2. bs., Schulthess Juristische Medien, 2012. (Ks.: Handkommentar) (Art. 99, 100, 101)

Gauch, Peter: “Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 116-1997.

Gayler, Erich: **Die Außervertragliche Haftung für Hilfspersonen**,

- Diss., Zürich, Buchdruckerei Wollishofen, 1944.
- Genç Arıdemir, Arzu: **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- Gernhuber, Joachim: **Die Erfüllung und Ihre Surrogate**, 2. bs., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994. (Ks.: Erfüllung)
- Gernhuber, Joachim: “Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte”, **Festschrift für Arthur Nikisch**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1958. (Ks.: Drittwirkungen)
- Gernhuber, Joachim: “Gläubiger, Schuldner und Dritte: Eine Kritik der Lehre von den „Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte“ und der Rechtsprechung zum „Haftungsausschluß mit Wirkung für Dritte“”, **JuristenZeitung**, 1962. (Ks.: Schutzwirkung)
- Gierke, Otto: **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung**, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1887.
- Giesler, Patrick/
- Nausschütt, Jürgen: **Franchiserecht**, 2. bs., Köln, Luchterhand, 2007.
- Gless, Sabine/Silverman,
- Emily/Weigend, Thomas: “If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, **New Criminal Law Review**, C. 19, S. 3, 2016.
- Gmür, Rudolf: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: Vergleichen Mit Dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1965.
- Gonzenbach, Rainer: **Culpa in Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1987.

- Göksu, Tarkan: **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)**, 9. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Gönen, Doruk: “Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Televizyon Yayın Hakkı Sözleşmelerinin Borçlar Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011.
- Granitza, Gerd: **Erfüllungsgehilfen- und Repräsentantenhaftung: Ein Beitrag zur Frage der Notwendigkeit eines besonderen Repräsentantenbegriffs**, Diss., Frankfurt am Main, Eigenverlag, 1968.
- Grieder, Thomas: “Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung”, **Zürcher Studien zum Privatrecht**, C. 177, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2002.
- Grundmann, Günter/
Strich, Michael/
- Richey, Werner: **Rechtssprichwörter**, Leipzig, VEB Bibliographisches Institut, 1980.
- Grundmann, Stefan: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldrecht Allgemeiner Teil**, C. 2, München, C. H. Beck, 2016. (Ks.: Münchener) (§ 276-278)
- Grüneberg, Christian: **Beck'sche Kurz Kommentare: Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch**, C. 7, 76. bs., München, C. H. Beck, 2017. (Ks.: Palandt) (§ 241-432)
- Guhl, Theo/Merz, Hans/
- Koller, Alfred: **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 8. bs., Zürich,

- Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Günay, Cevdet İlhan: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Gürsoy, Kemal Tahir: “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 31, S. 1, 1951. (Ks.: Yarışma)
- Gürsoy, Kemal Tahir: “Manevi Zarar ve Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S. 1, 1973. (Ks.: Manevi)
- Gürten, Kadir: “Roma Hukuku’nda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Yaralanmalar ve Ölümler Nedeniyle Hukuki Sorumluluk”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4(1) 2014.
- Gürzumar, Osman Berat: **Der Franchisevertrag unter Besonderer Berücksichtigung der Immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme**, Diss., Bern, Druck Copy Quick, 1991.
- Güven, Diler Tamer: **Culpa In Eligendo**, İstanbul, Der Yayınları, 2001.
- Hammond, Kristian: **Practical Artificial Intelligence for Dummies**, Narrative Science Edition, New Jersey, John Wiley & Sons Inc., 2015.
- Harke, Jan Dirk: **Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft: Allgemeines Schuldrecht**, Berlin - Heidelberg, Springer, 2010. (Ks.: Allgemeiner Teil)
- Harke, Jan Dirk: **Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft: Besonderes Schuldrecht**, Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2011. (Ks.: Besonderer Teil)
- Hart, Dieter: “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem”,

- Kritische Justiz**, Nomos, C. 4, S. 3, 1971.
- Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. II: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998. (Ks.: C. II)
- Hatemi, Hüseyin: “Die Haftung Juristischer Personen für Ihre Organe im Türkischen Zivilrecht”, **Die Verantwortlichkeit im Recht: Türkische-Schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern**, C. 1, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1981. (Ks.: Haftung)
- Hatemi, Hüseyin: “Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin Sorumluluğu” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Enstitüsü’nün Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyum’undan Ayrıbasım**, İstanbul, 1980. (Ks.: Organ)
- Hatemi, Hüseyin/
- Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Hatemi, Hüseyin/
- Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Havutçu, Ayşe: “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011.
- Heermann, Peter W.: **Haftung im Sport**, Bayreuth, Richard Boorberg Verlag, 2008.
- Heldrich, Andreas: **Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze der Ausservertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft**, Frankfurt a.M.

- und Berlin, Alfred Metzner Verlag, 1961.
- Helvacı, Serap: **Gerçek Kişiler**, 8. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.
- Hirsch, Christoph: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 10. bs., Baden-Baden, Nomos, 2017.
- Hoffmann, Hagen: **Die Aussenhaftung von Unternehmen nach § 831 BGB und § 31 BGB**, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2009.
- Hofstetter, Josef: **Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2000.
- Hochstrasser, Michael: “Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden”, **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)**, Zürich, Dike Verlag, 07/2016. (Ks.: Personenschäden)
- Hochstrasser, Michael: **Freizeichnung Zugunsten und Zulasten Dritter**, Diss. Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006. (Ks.: Freizeichnung)
- Holzer, Jenny R./
- Moses, Franklin L.: “Autonomous Systems in the Intelligence Community: Many Possibilities and Challenges”, **Studies in Intelligence**, C. 59, S. 1, 2015.
- Honsell, Heinrich: “Haftung für Hilfspersonen”, **Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag: Privat Law (Band I) National - Global - Comparative (Band II)**, C. I ve II, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2011. (Ks.: Hilfspersonen)
- Honsell, Heinrich: **Römisches Recht**, 8. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2015. (Ks.: Römisches)
- Honsell, Heinrich/
- Vogt, Nedim Peter/

- Wiegand, Wolfgang: **Bassler Kommentar: Obligationenrecht**, 5. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011. (Ks.: Bassler) (Art. 1-529)
- Hök, Götz-Sebastian: **Handbuch des Internationalen und Ausländischen Baurechts**, 2. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2012.
- Huguenin, Claire: **Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2012.
- Müller-Chen, Markus: **Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für Einen Neuen Allgemeinen Teil**, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2013. (OR 2020 Art. 119)
- Iden, Daniel: “§ 277 BGB – Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten”, **Juristische Ausbildung**, C. 35, S. 5, Berlin, De Gruyter, 2013.
- İmre, Zahit: **Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- İnal, Emrehan: “İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010. (Ks.: İnternet)
- İnal, Emrehan: “Koşullar”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 26-27 Mayıs 2012. (Ks.: Koşullar)
- İnal, Hamdi Tamer: **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017. (Ks.: Aykırılık)
- İnceoğlu, M. Murat: **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

İnceoğlu, M. Murat/

Paksoy, Meliha Sermin: “Bedensel Zararlarda Ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m. 55)”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8, Özel Sayı, 2013.

Jacoby, Florian/

Hinden, Michael von/

Kropholler, Jan: **Bürgerliches Gesetzbuch: StudienKommentar**, 14. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2013.

Jansen, Heini: **Die Haftung ohne Verschulden**, Diss., Gelnhausen, Dissertationsdruckerei F. W. Kalbfleischs, 1939.

Joussen, Jacob: **Schuldrecht I: Allgemeiner Teil**, 3. bs., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2015.

Kahveci, Nalan: **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu – Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (md. 115 ve 116)

Kaneti, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

Karahasan,

Mustafa Reşit: **Sorumluluk Hukuku: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Kt. 1 – Kt. 2, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003. (Ks.: Sözleşme Dışı)

Karahasan,

Mustafa Reşit: **Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003. (Ks.:

Sözleşme)

Karakaş, Fatma Tülay: “Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Ankara, 2006.

Kaser, Max/Knütel, Rolf: **Römisches Privatrecht**, 18. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2005.

Keller, Alfred: **Haftpflicht im Privatrecht**, 3. bs., Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1978.

Keller, Max/

Schöbi, Christian: **Das Schweizerische Schuldrecht: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, C. I, Basel und Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1988.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017. (Ks.: Borçlar)

Kılıçoğlu, Mustafa: **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, 3. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2012. (Ks.: Tazminat)

Kılıçoğlu, Mustafa: **Sorumluluk Hukuku**, C. 1, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2002. (Ks.: Sorumluluk)

Kırca, Çiğdem: **Franchise Sözleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997.

Klunzinger, Eugen: **Einführung in das Bürgerliche Recht**, 16. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2013.

Knütel, Rolf: “Die Haftung für Hilfspersonen im Römischen Recht”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung**, C. 100, S. 1, 1982.

Kocabaş, Gediz: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk**

Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, 2014.

Kocayusufpaşaoğlu,

Necip:

Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Koç, Nevzat:

“Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 8, Özel Sayı, 2013.**

Koenigs, Folkmar:

“Die Haftung für Personenschäden im deutschen Verkehrsrecht: Ein Vorschlag zur Neugestaltung”, Diss., **Zeitschrift für Verkehrswissenschaft 16. Jahrgang, Heft 1/2, 1939.**

Koller, Alfred:

Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980. (Ks.: 101)

Koller, Alfred:

“Die Haftung des Gastwirts”, **Recht: Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis, Bern, Stämpfli Verlag, 2013. (Ks.: Gastwirts)**

Koller, Alfred:

“Grundzüge der Haftung für Positive Vertragsverletzungen”, **Aktuelle Juristische Praxis, S. 12, 1992. (Ks.: Vertragsverletzungen)**

Koller, Alfred:

Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines Vertragsfremden Dritten, Gallen, Vereinigung für Baurecht, 2004. (Ks.: Dritten)

Koller, Alfred:

Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2009. (Ks.: Allgemeiner Teil)

- Köhler, Helmut: “Die Problematik Automatisierter Rechtsvorgänge, Insbesondere von Willenserklärungen”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 182, 1982.
- Kramer, Ernst A.: **Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising**, 2. bs., Bern, Paul Haupt Verlag, 1992.
- Kramer, Ralph/
Peter, Frank K.: **Arbeitsrecht: Grundkurs für Wirtschaftswissenschaftler**, 3. bs., Berlin – Heidelberg, Springer Gabler, 2014.
- Kress, Hugo/Weitnauer,
Hermann/Ehmann, Horst: **Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts**, Aalen, Scientia Verlag, 1974.
- Kurşat, Zekeriya: “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXVI, S. 1, 2008.
- Kuru, Baki: “1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, 1958.
- Küçükgüngör, Erkan: “Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 1998.
- Küpper, Wolfgang: **Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der Culpa in Contrahendo**, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- Lando, Ole: “Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts”, **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales**

Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, C. 67, S. 2, 2003.

Lange, Hermann/

Schiemann, Gottfried: **Handbuch des Schuldrechts: Schadenersatz**, 3. bs., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2003.

Larenz, Karl: **Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil**, C. 1, 14. bs., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987. (Ks.: Allgemeiner Teil)

Larenz, Karl/

Canaris, Claus-Wilhelm: C. 2, 13. bs., **Lehrbuch des Schuldrechts: Besonderer Teil**, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994. (Ks.: Besonderer Teil)

Leipold, Dieter: **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**, 8. bs., Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

Leonhard, Franz: **Allgemeines Schuldrecht des BGB**, C. 1, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1929. (Ks.: Schuldrecht)

Leonhard, Marc: “Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der Vertraglichen Haftung”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 199, 1999. (Ks.: Vertrauensschadens)

Leonhard, Rudolf: “Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften?”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, C. 1, 2. Abt., Berlin, Commission Verlag von J. Guttentag, 1884. (Ks.: Arbeitgeber)

Leschke, Erich: **Die Haftung des Vereins für Seine Organe**, Diss., Strassburg, Buchdruckerei C. & J. Goeller, 1910.

Liebs, Detlef: **Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter**, 6.

- bs., München, Verlag C. H. Beck, 1998.
- Lieser, Joachim: “Die Zivilrechtliche Haftung im Automatisierten Geschäftsverkehr”, **JuristenZeitung**, S. 23/24, 1971.
- Loewenwarter, Viktor: **Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 2. bs., Berlin, Carl Lehmanns Verlag, 1928.
- Looschelders, Dirk: “Rettungsobliegenheit des Versicherungsnehmers und Ersatz der Rettungskosten nach dem neuen VVG”, **Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag**, Berlin - Heidelberg, Springer-Verlag, 2009. (Ks.: Rettungsobliegenheit)
- Looschelders, Dirk: **Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999. (Ks.: Mitverantwortlichkeit)
- Looschelders, Dirk: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 12. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2014. (Ks.: Allgemeiner Teil)
- Lörtscher, Thomas: **Vertragliche Haftungsbeschränkungen im Schweizerischen Kaufrecht**, Diss., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977.
- Luggauer, Karl: **Juristenlatein**, Wien, Juridica Verlag, 1992.
- Mayer, Adalbert: **Die Anwendung des § 278 BGB auf öffentlichrechtliche Verhältnisse**, Diss., Würzburg, Buchdruckerei Richard Mavr, 1933. (Ks.: BGB 278)
- Mayer, Otto: “Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften?”, **Verhandlungen des Siebenzehnten Deutschen Juristentages**, C. 1, Berlin, Commission Verlag von J. Guttentag, 1884. (Ks.: Arbeitgeber)
- Medicus, Dieter/
Lorenz, Stephan: **Schuldrecht I: Allgemeiner Teil**, 20. bs., München,

Verlag C. H. Beck, 2012.

Medicus, Dieter/

Petersen, Jens: **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. bs., Heidelberg, C. F. Müller, 2016.

Mennemeyer, Siegfried: **Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen**, Gelsenkirchen, Verlag Dr. Mannhold, 1983.

Metzler, Ewald: “Zur Substitution, Insbesondere zu Ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, S. 159, 1960.

Möller, Cosima: “Der Franchisevertrag im Bürgerlichen Recht”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 203, 2003.

Musielak, Hans-Joachim: **Grundkurs BGB**, 12. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2011.

Muthig, Andrea: **Die Haftung des Herstellers für Produktsfehler**, München, Verlag V. Florentz, 1993.

Nart, Serdar: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2010.

Negnevitsky, Michael: **Artificial Intelligence: A Guide to Intelligent Systems**, 2. bs., England, Pearson Education Limited, 2005.

Neuner, Jörg: “Der Schutz und die Haftung Dritter nach Vertraglichen Grundsätzen”, **JuristenZeitung**, 1999.

Nomer, Halûk Nami: **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2002. (Ks.: Beklenen)

Nomer, Halûk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015. (Ks.: Genel)

- Nomer, Halûk Nami: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996. (Ks.: Tazminat)
- Nomer, Halûk Nami/
- Engin, Baki İlkay: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi: Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi**, fs. 1, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Nussbaum, Arthur: “Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B. im Vergleich mit dem Gemeinen und Landesrecht”, **Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts**, 1899. (Ks.: Erläuterung)
- Nussbaum, Arthur: **Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B. im Vergleich mit dem Gemeinen und Landesrecht**, Berlin, Verlag von E. Ebering, 1898. (Ks.: Hilfspersonen)
- Oetker, Hartmut/
- Maultzsch, Felix: **Vertragliche Schuldverhältnisse**, 4. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2013.
- Oftinger, Karl: **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrecht**, 2. bs., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973. (Ks.: Praxis)
- Oftinger, Karl: **Schweizerisches Haftpflichtrecht: Allgemeiner Teil**, C. 1, 2. bs., Zürich, Polygraphischer Verlag, 1958. (Ks.: Allgemeiner Teil)
- Oftinger, Karl: **Schweizerisches Haftpflichtrecht: Besonderer Teil**, C. 2, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1960. (Ks.: Besonderer Teil)
- Oğuz, Arzu: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S.

1, 2000.

Oğuzman, Kemal/

Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt I, 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (Ks.: Cilt I)

Oğuzman, Kemal/

Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Cilt II, 13. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (Ks.: Cilt II)

Oğuzman, M. Kemal/

Seliçi, Özer/

Oktay-Özdemir, Saibe:

Eşya Hukuku, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Oser, Hugo/

Schönenberger, Wilhelm: **Das Obligationenrecht**, C. 1, 2. bs., Zürich, Schulthess & Co, 1929.

Öğüz, M. Tufan:

“Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir-Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar İle Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013. (Ks.: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu)

Öğüz, M. Tufan:

“Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011. (Ks.: Geçersizlik)

Öz, Turgut:

İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu – Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (md. 112, 129)

- Özen, Burak: **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Özkan, Zehra: “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 1, 2017.
- Özsunay, Ergun: “Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 3-4, 1975.
- Peifer, Karl-Nikolaus: **Schuldrecht: Gesetzliche Schuldverhältnisse**, 4. bs., Baden-Baden, Nomos, 2014.
- Petek, Hasan: “Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2012.
- Pfeiffer, Thomas: **Soergel Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 1/2**, 13. bs., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014. (§ 276-278)
- Portmann, Peter: **Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht: Heft 335, Berlin, Verlag Stämpfli & Cie, 1958.
- Puchta, Georg Friedrich: **Vorlesungen Über das Heutige Römische Recht**, C. 2, 3. bs., Leipzig, 1852.
- Pulaşlı, Hasan/
- Korkut, Ömer: **Temel Hukuk**, 14. bs., Adana, Karahan Kitabevi, 2014.
- Rabel, Ernst: **Das Recht des Warenkaufs**, Hamburg, De Gruyter, (1957) 2011.
- Rado, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, 12. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Ranieri, Filippo: **Europäisches Obligationenrecht**, 3. bs., Germany, Springer, 2008.

- Rasehorn, Theo: “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizpraxis”, **Kritische Justiz**, Nomos, C. 4, S. 4, 1971.
- Redlich, C.: **Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient**, Diss. Greifswald, 1901.
- Reichert, Bernhard: **Grundriß des Sportrechts und des Sporthaftungsrechts**, Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1968.
- Reisoğlu, Seza: “Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları”, **Bankacılar Dergisi**, S. 52, 2005.
- Renner, Cornelius: **Die Deliktische Haftung für Hilfspersonen in Europa**, Berlin, Duncker & Humbolt, 2002.
- Roberto, Vito: **Die Haftung des Reiseveranstalters**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990. (Ks.: Reiseveranstalters)
- Roberto, Vito: **Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers (insbesondere für Schädigungen Dritter)**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003. (Ks.: Arbeitnehmers)
- Rosenthal, Heinrich/
Kamnitzer, Bernhard/
Bohnenberg, Heinrich: **Bürgerliches Gesetzbuch**, 15. bs., Kleve, Carls Heymanns Verlag, 1965.
- Rudkowski, Lena: **Wirtschaftsrecht: BGB AT, Schuldrecht, Sachenrecht**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2016.
- Rumpf, Christian: **Einführung in das Türkische Recht**, 2. bs., München, Verlag C. H. Beck, 2016.
- Russell, Stuart/
Norvig, Peter: **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 3. bs.,

New Jersey, Pearson Education Inc., 2010.

- Rümelin, Max: **Die Gründe der Schadenzurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Objektiven Schadensersatzpflicht**, Freiburg und Leipzig, Mohr Siebeck, 1896.
- Sağlam, İpek: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3 - 4 Haziran 2011.
- Sakowski, Klaus: **Arbeitsrecht: Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler**, Berlin – Heidelberg, Springer Gabler, 2014.
- Schäfer, Klaus-Dieter: “Haftung für fremdbezogenes Handeln”, **Monatsschrift für deutsches Recht**, 4-1969. (Ks.: Fremdbezogen)
- Schäfer, Siegfried: “Zur Haftung für “Gelegenheitsdelikte” der Gehilfen”, **Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht**, C. 53, Mohr Siebeck, 1957. (Ks.: Gelegenheitsdelikte)
- Schellhammer, Kurt: **Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil**, 9. bs., Zwickau, C. F. Müller Verlag, 2014.
- Schermaier, Martin Josef: **Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Schuldrecht Allgemeiner Teil**, C. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007. (§§ 276-278)
- Scheuermann, Friedrich: **Die Haftung des Schuldners für Seine Hilfspersonen nach § 278 BGB**, Diss., Düsseldorf, 1911.
- Schlechtriem, Peter: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 5. bs., Tübingen, J. C. B. (Mohr Siebeck), 2003.

- Schmidt, Eike: **Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts**, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972. (Ks.: Grundlagen)
- Schmidt, Rolf: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 10. bs., Grasberg, Verlag Rolf Schmidt, 2015. (Ks.: Allgemeiner Teil)
- Schmitt-Kessel, Martin: **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 11. bs., Köln, Luchterhand Verlag, 2016. (Ks.: Prütting) (§ 276-278)
- Schmitz, Frank Walter: **Die Deliktische Haftung für Arbeitnehmer**, Schriften zum Bürgerlichen Recht, C. 169, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.
- Schneider, K.: “Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts**, S. 53, 1908.
- Schnyder, Anton K.: **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1992. (Art. 55)
- Schönenberger, Wilhelm/
- Jäggi, Peter: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht**, C. VIa, 2. bs., Zürich, Schulthess & CO AG, 1968.
- Schulze, Reiner: **Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 8. bs., Germany, Nomos, 2014. (§ 278)
- Schürmann, Bernward: **Die Anwendbarkeit des § 278 BGB im Rahmen von Obliegenheiten und des § 61 VVG**, Diss., Holzwickede, 1972.
- Schwarz, Andreas B.: **Türkiye – İsviçre Medeni Hukuku Ve Roma Hukuku**, İstanbul, 1939.
- Schwarze, Roland: **Das Recht der Leistungsstörungen**, 2. bs., Berlin/Boston, De Gruyter, 2016.

- Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2006.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014. (Ks.: C. III)
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015. (Ks.: Medeni Hukuk)
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (Ks.: Dönme)
- Serozan, Rona: ““Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 3, 1968. (Ks.: Edim)
- Sorge, Siegfried: “Die Haftung des Betriebsrates für Unerlaubte Handlungen”, **Arbeit und Recht**, C. 1, S. 9, Bund-Verlag, 1953.
- Spiro, Karl: “Die Haftung für Abschluß- und Verhandlungsgehilfen”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C. 105, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1986. (Ks.: Verhandlungsgehilfen)
- Spiro, Karl: **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1984. (Ks.: Erfüllungsgehilfen)
- Stadler, Astrid: **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 16. bs., Nördlingen, C. H. Beck, 2015. (Ks.: Jauernig) (BGB § 276-278)
- Stockar, Conrad H.: **Zur Frage der Richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach Schweizerischem Recht**,

- Bassler Studien Zur Rechtswissenschaft, S. 98, Basel & Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1971.
- Şenocak, Zarife: “Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1998. (Ks.: Avukat)
- Şenocak, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995. (Ks.: Yardımcı)
- Şenocak, Zarife: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 1998. (Ks.: Hekim)
- Şimşirgil, Ahmet/
Ekinci, Ekrem Buğra: **Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul, KTB Yayınları, 2008.
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Tahiroğlu, Bülent/
Erdoğan, Belgin: **Roma Hukuku Dersleri**, 10. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Ks.: C. II)
- Tandoğan, Haluk: **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981. (Ks.: Sorumluluk)
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mes’uliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Ks.: Mesuliyet)
- Tandoğan, Haluk: **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans – Türk Matbaası, 1963. (Ks.: Üçüncü)
- Tekben, Tuğçe: “Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Veren Talimatı ve Hukuki

Sonuçları”, YDT, Yeditepe Üniversitesi, 2017.

Tekinay, Selahattin Sulhi/

Akman, Galip Sermet/

Burcuoğlu, Haluk/

Altop, Atila: **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tercier, Pierre/

Pichonnaz, Pascal/

Develioğlu, H. Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Tonner, Klaus: **Der Reisevertrag**, 5. bs., Neuwied, Luchterhand, 2007.

Topuz, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013. (Ks.: Genel İşlem Koşulları)

Topuz, Murat: **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011. (Ks.: Maddi Zarar)

Tripler, Fritz: **Die Haftung für Fremde Personen im Französischen und Deutschen Recht in Vergleichender Darstellung**, Halle-Wittenberg, Univ, Diss., 1933.

Tschudi, Werner Jacob: **Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR**, Diss., Bern, Buchdruckereri Turbenthal, 1949.

Tuhr, Andreas von/

Siegwart, Alfred: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, C. 2, 2. bs., Zürich, Polygraphischer

- Verlag, 1944.
- Tuhr, Andreas von: “Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR. Art. 101”, **Schweizerische Juristen Zeitung**, S. 15, Zürich, 1921.
- Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul, İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971. (Ks.: Esaslar)
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku I. Cilt: Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Sermet Matbaası, 1976. (Ks.: Borçlar)
- Türkmen, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXX, S. 2, 2012. (Ks.: Organizasyon)
- Türkmen, Ahmet: **Spor Müsabakalarının Yayın Hakları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014. (Ks.: Spor)
- Uluç, Mehmet R.: “Borçlar Hukuku Açısından Akreditif”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. III, S. 3, 1966.
- Ulusar, İlhan: **Özellikle Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 72, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayii A.Ş., 1990.
- Unger, Joseph: “Handeln auf Eigene Gefahr”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts**, C. 30, 1891.
- Unger, Joseph: “Handeln auf Fremde Gefahr”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts**, C. 33, 1894.
- Urban, Eberhard: **Das Verhältnis von § 31 und § 278 BGB**, Diss., Köln, Buchdruckerei Orthen, 1938.
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve**

- Tazminat Hukuku**, C. III, madde 51 – 108, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ünal, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 35, S. 1, 1951.
- Ünlütepe, Mustafa: **Organizasyon Sorumluluğu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016. (Ks.: Organizasyon)
- Ünlütepe, Mustafa: “Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) Ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkisinin Değerlendirilmesi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, 2017. (Ks.: Tehlike)
- Warneyer, Otto/
- Bohnenberg, Heinrich: **Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich: Bd. 1. Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht**, 11. bs., C. I, Detmold, Albert Nauck & Co Verlag, 1950.
- Watson, David P./
- Scheidt, David H.: “Autonomous Systems”, **Johns Hopkins APL Technical Digest**, C. 26, S. 4, 2005.
- Weber, Rolf H.: **Berner Kommentar: Das Obligationenrecht**, C. VI, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000. (Ks.: Berner) (Art. 97-109)
- Weber, Rolf H.: “Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke?”, **Freiheit und Zwang: Rechtliche, Wirtschaftliche und Gesellschaftliche Aspekte**, Festschrift für Professor Dr. Hans Giger, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1898.
- Weber, Rolf H.: **Schweizerisches Privatrecht: Personenrecht**, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1998. (Ks.: Personenrecht)

Weber-Häusermann,

Elisabeth: **Haftung für Hilfspersonen**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.

Weiler, Franz: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 2. bs., Baden-Baden, Nomos, 2014.

Westermann, Harm Peter/

Bydlinski, Peter/

Weber, Ralph: **BGB – Schuldrecht: Allgemeiner Teil**, 8. bs., Zwickau, C. F. Müller, 2013.

Westermann,

Harm Peter: **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, 13. bs., Köln, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2011. (Ks.: Erman) (§ 278)

Wharton,

Georg Frederick: **Legal Maxims: With Observations and Cases**, Cornell Law School Library, London, Printed by Horace Cox, 1865.

Wien, Andreas: **Bürgerliches Recht: Eine Praxisorientierte Einführung**, Wiesbaden, Gabler Verlag - Springer Fachmedien, 2012.

Windscheid, Bernhard: **Lehrbuch des Pandektenrechts**, C. 2, 6. bs., Frankfurt am Main, 1887.

Winston, Patrick Henry: **Artificial Intelligence**, 3. bs., United States of America, Addison-Wesley Publishing Company, 1992.

Wolf, Ernst: **Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil**, C. I, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1978.

Wörten, Rainer/

Metzler-Müller, Karin: **Schuldrecht AT**, 11. bs., München, Verlag Franz Vahlen,

2013.

Wüstendörfer, Hans: **§ 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches im Lichte des Römischen Rechts**, Diss., Strassburg, Buchdruckerei C. & J. Goeller, 1897.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (Uwg Art. 8)”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Cilt III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013.

Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10 bs. (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2014. (Ks.: Özel)

Yavuz, Cevdet: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri Ve İlkeleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 4, 2008. (Ks.: Kusursuz)

Yavuz, Cevdet/Acar,

Faruk/Özen, Burak: **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, 14. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016.

Yeşiller, Mehmet: “Roma Hukuku’nda Hükümsüzlük Halleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 3, 2011.

Yılmaz, Halil: **Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008. (Ks.: Yapı)

Yılmaz, Hamdi: “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur «Culpa In Contrahendo» Ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi**, C. 11, S. 3, 1985. (Ks.: Sözleşme)

- Yüce, Melek Bilgin: **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Yürük, Ayşe Tülin: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2013.
- Zerres, Thomas: **Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts**, 6. bs., Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2010.
- Zevkliler, Aydın/
- Gökyayla, K. Emre: **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Zeytin, Zafer: “İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu**, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Zimmermann, Reinhard: “Avrupa Hukuk Enstitüsü’nün Üstesinden Gelmesi Gereken Zorluklar”, Çev. Meliha Sermin Paksoy/Ece Baş, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 2, 2013. (Ks.: Avrupa)
- Zimmermann, Reinhard: **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, 2. bs., Kenwyn, Juta & Co, Ltd, 1992. (Ks.: Roman).
- Zirlick, Beat: **Freizeichnung von der Deliktshaftung**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003.
- Zunft, Fritz: “Erfüllungsgehilfen und Vertrag Zugunsten Dritter im Mietrecht”, **Archiv für die Civilistische Praxis**, C. 153, 1954.

- Elektronik Kaynaklar:

“Autonomous Systems: Social, Legal and Ethical Issues”, The Royal Academy of Engineering, 2009, <http://www.raeng.org.uk/publications/reports/autonomous-systems-report>

Bryson, Joanna J.: “Robots Should Be Slaves”, Mayıs 2009, <https://www.cs.bath.ac.uk/~jjb/ftp/Bryson-Slaves-Book09.pdf>

NASA Technology TA 4: Robotics and Autonomous Systems, 2015, https://www.nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/2015_nasa_technology_roadmaps_ta_4_robotics_and_autonomous_systems_final.pdf

Reynolds, Carson/Ishikawa, Masatoshi: “Robotic Thugs”, University of Tokyo, Tokyo,

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=E6CC2488A03D2AE895F68BDFDE7B4B46?doi=10.1.1.148.1849&rep=rep1&type=pdf>

<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22113036%22>

<http://or2020.ch/Or2020/DocView/ff8ca829-96df-4e58-a4c5-273f5db65dac?hitPos=2>

<http://or2020.ch/Or2020/DocView/200f828f-9b77-4b3c-8734-ad8173098694?hitPos=1#firstSearchTerm>

http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/78/29/07/fifastatutsw_eben_neutral.pdf

<http://web.shgm.gov.tr/doc5/sht-ih.pdf>

<http://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a-41150856>

<http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170110IPR57613/robots-legal-affairs-committee-calls-for-eu-wide-rules>

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_EN.pdf

<http://www.hansonrobotics.com/robot/sophia/>

<http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/saudi-arabia-robot-citizenship-more-rights-than-women-people-angry-a8024851.html>

http://www.intratext.com/IXT/LAT0866/_P7H.HTM

http://www.intratext.com/IXT/LAT0202/_P26.HTM

<http://www.titck.gov.tr/Mevzuat>

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest4.shtml>

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest13.shtml>

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest19.shtml>

<http://www.uefa.com/insideuefa/disciplinary/news/newsid=1925336.html>

<http://www.yds.gov.tr/dosyalar/1367331286-EKLER%206.pdf>

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D4_Scott.htm#IX

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D7_Scott.htm#I

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D9_Scott.htm#II

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D11_Scott.htm#VI

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D13_Scott.htm#VI

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D19_Scott.htm#II

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D44_Scott.htm#VII

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/aquilia.html>

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201607010000/220.pdf>

<https://www.dw.com/tr/uefadan-fenerbah%C3%A7eye-ceza/a-16634517>

<https://www.khaleejtimes.com/nation/dubai//video-sophia-the-robot-wants-to-start-a-family->

https://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_R1.pdf

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award20313920FINAL.pdf

https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/WhatUEFAis/02/50/26/15/2502615_DOWNLOAD.pdf



ÖZGEÇMİŞ

Ağrı’da doğdu. İlk ve orta öğrenimini sırasıyla, Kahramanmaraş, Gümüşyaka/Silivri, Van, Ağlasun/Burdur, Tarsus/Mersin, ve Sivrice/Elazığ’da tamamladı. Liseyi Mersin’de bitirdi. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu (2011). Avukatlık Stajını İstanbul Barosu’nda yaptı (2012). İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk anabilim dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı (2012). Yüksek lisansını İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp” isimli teziyle tamamladı (2014). Marmara Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesi’nde doktora kabul edildi; ancak doktora eğitimine İstanbul Üniversitesi’nde devam etti. Almanya’da, Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne bağlı enstitülerden Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nde 1 yıl misafir araştırmacı olarak doktora tez araştırmaları yaptı (2017). “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” konulu doktora teziyle, doktorasını tamamladı (2018).